



L'expert, l'expertise et le juge de l'Union

Estelle Brosset

► To cite this version:

Estelle Brosset. L'expert, l'expertise et le juge de l'Union. Truillhé-Marengo (E.). La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux, La Documentation française, pp. 247-280, 2011. hal-00872221

HAL Id: hal-00872221

<https://hal.science/hal-00872221>

Submitted on 11 Oct 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'EXPERT, L'EXPERTISE ET LE JUGE DE L'UNION

Estelle BROSSET¹

Maître de conférences en droit public
Chaire Jean Monnet « Droit européen et santé »
Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires
Université Aix Marseille

La réflexion sur l'expert et l'expertise est, dans l'Union européenne, dans une configuration pour le moins particulière, omniprésente et absente tout à la fois. Le rôle des experts et de l'expertise dans l'élaboration des politiques publiques européennes est en effet l'un des thèmes dominants dans l'étude du *policy-making* européen². Il faut dire que l'expertise gouvernementale dans l'Union ressemble à une telle nébuleuse qu'elle focalise nécessairement l'attention. C'est d'abord le cas au stade de l'initiative législative, et si l'on assiste à un début de formalisation³, la clarification est loin d'être complète laissant entières les interrogations sur l'indépendance constitutionnelle de la Commission⁴. La nébuleuse est aussi profonde au stade de l'exécution, en particulier reliée à la difficile distinction entre les groupes d'experts, en principe indépendants et chargés d'aider à la décision et la comitologie et ses comités composés des représentants des Etats membres et en charge de contrôler l'action de la Commission⁵. L'« *agenciarisation de l'Union* »⁶ n'a d'ailleurs pas permis de lever toutes les incertitudes. La configuration de ces agences qui, faute de dispositions générales régissant la création et le fonctionnement des agences de régulation, est souvent

¹ L'auteur remercie vivement Mlle Isabell Büschel, Docteur en droit, Université Paul Cézanne qui a, par la qualité de ses recherches et la pertinence de ses interrogations, contribué à la présente étude.

² Pour exemple, parmi bien d'autres références : Saurugger (S.), L'expertise : un mode de participation des groupes d'intérêt au processus décisionnel communautaire, *Revue française de science politique*, vol. 52, n° 4, août 2002, pp. 375-401. Robert (C.), L'expertise comme mode d'administration communautaire : entre logiques technocratiques et stratégies d'alliance, *Politique européenne*, n° 11, automne 2003, pp. 57-78, Lequesne (C.), Rivaud (P.), Les comités d'experts indépendants : l'expertise au service d'une démocratie supranationale, *Revue française de science politique*, 51 (6), décembre 2001, pp. 867-880. Voir plus particulièrement dans le domaine environnemental et sanitaire : Boudant (J.), Les institutions communautaires face à la crise. Le recours aux comités d'experts ou la perversion de la décision communautaire, *Revue de droit rural*, 1997, n° 252, pp. 207-213, Gadbin (D.), Les nouvelles articulations entre expertise scientifique et décision politique : l'exemple de l'Agence européenne de sécurité des aliments, *Droit rural*, n° 329, Janvier 2005, Etude 1 ; Joerges (C.) Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level, *Journal of European Law*, 1 (2001), Noiville (C.) et De Sadeleer (N.), La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres, Le droit entre enjeux scientifiques et politiques, *RDUE*, 2/2001, pp. 389-447.

³ Communication de la Commission sur l'obtention et l'utilisation d'expertise par la Commission : principes et lignes directrices, COM (2002) 713 final du 11 décembre 2002.

⁴ Bracq (S.), La Commission et les groupes d'experts, *RDUE*, 2/2009, pp. 259-274.

⁵ Cela est suffisamment connu pour que l'on s'attarde longuement, mais, c'est précisément dans le domaine alimentaire, la crise de l'ESB qui, révélant la forte confusion qui existait entre les comités, en l'espèce, confusion entre le comité vétérinaire permanent (censé exprimer des positions gouvernementales) et le comité scientifique (censé exprimer des avis indépendants).

⁶ L'expression est empruntée au rapport d'information du Sénat, sur l'évaluation de l'activité des agences européennes (Rapport de Mr Badré (D.), 7 octobre 2009). Voir pour un exemple de cette agenciarisation le règlement n° 178/2002 (JOCE n° L 31 du 1^{er} février 2002, p. 1) par lequel les institutions ont convenu de subordonner l'exercice du pouvoir discrétionnaire des institutions, en cas d'incertitude scientifique sur la nocivité ou l'innocuité d'un produit ou d'un produit alimentaire, à la consultation d'experts indépendants, les experts de l'Autorité européenne de sécurité alimentaire (EFSA).

l'« aboutissement empirique d'un marchandage aux contours mal définis »⁷, fait en effet apparaître de nombreuses imprécisions et ambiguïtés liées pour l'essentiel du fait à la difficulté de concrétiser (mais le peut-on vraiment ?⁸) la séparation annoncée entre évaluation et gestion des risques⁹.

En comparaison à l'abondance des réflexions sur l'expertise décisionnelle, l'expertise juridictionnelle n'a que peu retenu l'attention de la doctrine. Le rôle des experts devant le juge de l'Union (entendu comme englobant la CJUE, le TPI et le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne à l'exception¹⁰ des juges nationaux¹¹) est le plus souvent expédié dans les fascicules et manuels en quelques paragraphes¹², même si les choses sont en passe d'évoluer¹³.

⁷ Grard (L.), Sécurité et transport dans l'Union européenne : le recours aux agences de régulation, *Europe*, octobre 2003, p. 6.

⁸ Voir sur ce point Noiville (C.) et De Sadeleer (N.), La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres, *Le droit entre enjeux scientifiques et politiques*, *RDUE*, 2/2001, pp. 389-447. L'idée est que cette séparation, bien qu'indispensable en théorie, ne serait pas réaliste : il n'existe pas de faits scientifiques objectifs dans les contextes d'incertitude et, en sens inverse, on peut se demander comment le politique pourrait totalement s'affranchir des résultats de l'évaluation scientifique sans mettre en jeu sa légitimité. Voir aussi Vos (E.), Les agences et la réforme de l'administration européenne, *Revue française d'administration publique*, L'administration dans l'Union européenne, juillet-septembre 2000, n° 95, p. 409.

⁹ Les ambiguïtés dans la répartition des compétences entre la Commission et l'Autorité européenne de sécurité des aliments (ou EFSA) sont particulièrement emblématiques de ces difficultés. D'après le règlement fondateur n° 178/2002 (JOCE n° L 31 du 1^{er} février 2002, p. 1), l'Autorité est uniquement en charge de l'évaluation des risques ; son rôle est de fournir des avis et recommandations sur l'innocuité de tel ou tel produit ou procédé de fabrication avant sa mise sur le marché. La responsabilité des décisions et du contrôle concernant la gestion des risques relève de la compétence des institutions politiquement responsables, en l'espèce de la Commission qui se voit aménager une marge de manoeuvre à l'égard de l'avis scientifique rendu par l'Autorité, par exemple du fait de la possibilité dont elle dispose de prendre en compte d'autres facteurs légitimes pertinents au côté de l'évaluation scientifique du risque pour déterminer la mesure de gestion des risques (article 6-3). Toutefois, plusieurs dispositions du règlement laissent songeurs au regard de ce principe affiché d'une stricte séparation évaluation-gestion : l'intervention de l'Autorité dans l'information à propos des risques (article 23 i), la possibilité de cette Autorité de fournir une assistance scientifique et technique pour l'interprétation et l'examen des différents avis sur l'évaluation des risques (article 23 c), la liberté dont dispose la Commission dans le libellé de la question posée à l'Autorité, la représentation de la Commission à toutes les réunions des comités (article 28-8)... La pratique des premières années d'existence de cette agence a d'ailleurs montré que ce principe de séparation allié à ces ambiguïtés a entraîné de fortes tensions entre la Commission et l'Autorité. Voir sur ce sujet : Alemanno (A.), The European Food Safety Authority at Five, *European Food and Feed Law Review*, 1/2008 disponible à : <http://works.bepress.com/alemanno/3> Press et Brosset (E.), L'Autorité européenne de sécurité des aliments et la dissémination d'OGM in Couzinet (F.), *La création de l'Autorité européenne de sécurité des aliments : enjeux et perspectives*, IREDE, Université de Toulouse, pp. 101-149. Voir également : Gabbi (S.), The Interaction between risk assessors and risk managers. The case of the European Commission and the European Food Safety Authority, *European Food and Feed Law Review*, 3/2007, p. 134.

¹⁰ Cependant, parce que les juges nationaux seront étudiés dans les autres chapitres et pour des raisons d'ampleur, les développements suivants n'intégreront pas les juges nationaux et ce même si les questions d'expertise reliées à l'application du droit de l'Union ne manquent pas, notamment dans le contentieux de la réparation pour violation du droit de l'Union ou encore en relation avec le droit à répétition de l'indu : voir sur ces points, Mehdi (R.), *La preuve devant les juridictions communautaires* in Ruiz Fabri (H.), Sorel (J.-M.) (dir.), *La preuve devant les juridictions internationales*, éd. Pedone, Paris, 2007, p. 166.

¹¹ Le traité de Lisbonne confirme clairement que les juridictions nationales font partie du système judiciaire de l'Union (voir l'article Article 19-1 TUE : « La Cour de justice de l'Union européenne comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés. Elle assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités. Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union »).

¹² Voir par exemple les développements dans le fascicule de Picod (F.), La Cour de justice (Procédure), *Répertoire communautaire Dalloz*, janvier 2009, p. 13 ou dans Knaub (G.), La procédure devant la Cour de justice des Communautés européennes, *RTDE*, 1967, pp. 269-318.

¹³ Voir par exemple Savadogo (L.), Le recours des juridictions nationales aux experts, *AFDI*, 2004, pp. 231-258 ou encore Mehdi (R.), *La preuve devant les juridictions communautaires*, *op. cit.*, p. 166 qui d'ailleurs par cet article invite à une réflexion en la matière. Voir également l'étude particulièrement référencée et qui a largement contribué à

Plus généralement d'ailleurs, la problématique de la preuve devant le juge de l'Union dont l'expertise constitue l'un des modes possibles d'administration demeure, à quelques exceptions près¹⁴, un sujet encore largement à défricher. Il faut dire que les règles qui gouvernent tant la charge de la preuve (qui doit prouver ?) que le standard de la preuve (jusqu'où prouver ?) sont le résultat d'un tel pluralisme de modèles¹⁵ que leur systématisation, au-delà des grands principes, paraît particulièrement complexe¹⁶ et conduit d'ailleurs certains à formuler « *l'hypothèse selon laquelle chaque juge applique le standard de preuve en vigueur dans son système juridique* »¹⁷.

Pourquoi, toutefois, malgré cette difficulté, aussi peu d'attention ? La question est d'autant plus vive que l'importance des contentieux à « *forte scientificité* »¹⁸ devant le juge de l'Union n'est plus à démontrer. On notera au passage que « *la Cour a été grandement assistée dans son action par le côté éminemment technique des problèmes qui lui étaient soumis. En règle générale, la prépondérance des aspects techniques a permis aux plus grands arrêts de la Cour de passer inaperçus en dehors du cercles d'initiés (...) (et donc) à la Cour de mener à bien une œuvre ambitieuse sans se heurter à une résistance systématique* »¹⁹. Parmi des contentieux très variés – l'on pense aux contentieux en matière de tarification douanière, de concurrence ou encore relatifs à la fonction publique –, les contentieux environnementaux et sanitaires²⁰ en font incontestablement partie. Il faut dire que l'article 191-3 TFUE recommande, à l'Union, dans l'élaboration de sa politique dans le domaine de l'environnement, *de tenir compte* « *des données scientifiques et techniques disponibles* ». L'article 114 TFUE, abondamment utilisé en la matière, énonce quant à lui que la Commission, dans ses propositions en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé « *en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques* ». Pour ne prendre qu'un exemple, le contentieux relatif à l'application du règlement « Reach » relatif à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques²¹ exige de la part

éclairer notre réflexion, celle d'Eric Barbier de le Serre et Anne-Lise Sibony, *Expert evidence before the EC courts*, CMLR 2008, pp. 941-985.

¹⁴ Voir l'article très référencé de Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.) *Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence* : pour un changement de perspective, RTDE, 43 (2), avril-juin 2007, pp. 205-252. Voir aussi Sibony (A.-L.), *Le juge et le raisonnement économique en droit français et communautaire de la concurrence*, LGDJ, collection Droit et économie, 2008.

¹⁵ Par exemple, A.-L. Sibony explique bien que la *Common Law* d'une part et le droit civil français d'autre part aborde très différemment le problème de l'appréciation des preuves. Dans la *Common Law*, la notion de standard de preuve (standard of proof) est d'une part utilisée en tant que telle et renvoie à différents degrés d'exigences probatoires, un standard civil et un standard pénal. *A contrario*, le droit civil français utilise plus régulièrement la notion de « valeur probante » conceptualisée entre le système de preuve légale et celui de preuve morale. Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.), *Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence* : pour un changement de perspective, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹⁶ Lasok (K.P.E.), *European Court of Justice : Practice and Procedure*, Butterworth, 2^{ème} éd., 1994, p. 422.

¹⁷ *Ibid*, p. 234.

¹⁸ Mehdi (R.), *La preuve devant les juridictions communautaires*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁹ Dehousse (R.), *La CJCE*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1997, pp. 109-110. Que l'on se souvienne simplement que l'arrêt majeur, *Van Gend en Loos* est issu d'un problème de classification tarifaire et *Costa c/ Enel* le résultat d'une action relative au paiement d'une facture d'électricité.

²⁰ En cohérence avec l'objectif d'ensemble de l'ouvrage, la relation sera explorée à partir du contentieux environnemental et sanitaire. Précisons d'emblée qu'une opinion autorisée aurait exigé de se livrer à un examen exhaustif des arrêts en la matière ce qui, au vu de l'ampleur de la jurisprudence et dans le cadre de cette modeste étude, n'était pas réaliste. Nous nous sommes donc contentée ici, dans une sorte de discrétionnaire allégresse, de morceaux choisis.

²¹ Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques JO L 396 du 30.12.2006, p. 1-849.

du juge qu'il contrôle les décisions relatives à l'enregistrement de ces substances chimiques²², enregistrement qui contient essentiellement des données scientifiques et techniques²³. On pressent ici logiquement la complexité des questions qui devraient se poser au juge de l'Union Or, pour répondre à de telles questions techniques, le juge a naturellement besoin de connaissances qui ne lui sont pas familières et donc d'expertises et d'experts qui pourront l'éclairer avant de trancher²⁴.

Toutefois, malgré la technicité des contentieux, en dépit des règles prévues dans ses règlements de procédure, le juge de l'Union ne coopère que très peu avec les experts. La place de l'expert dans le procès devant le juge est donc très marginale ce qui invite à s'interroger sur les raisons d'une telle situation (I). Néanmoins, si le juge de l'Union recourt peu à l'expert, en revanche il dit beaucoup sur l'expertise. Le juge de l'Union a en effet contribué amplement à la définition progressive des conditions de l'expertise, en particulier de l'expertise fournie par les parties qui, le plus souvent, suffit au juge pour se prononcer. Bien plus, parfois le juge n'hésite pas à s'insérer sur le terrain des faits scientifiques, développant sa propre expertise. Alors même que l'expert est souvent présenté comme « l'œil » du juge, il apparaît donc, tout aussi souvent, que le juge « a l'œil » sur l'expertise dont il fait le procès entendu dans son acceptation scientifique comme désignant une marche, un développement, un progrès (II).

I - L'EXPERT DANS LE PROCES DEVANT LE JUGE DE L'UNION

La place de l'expert dans la procès devant le juge de l'Union est caractérisée d'une part par la liberté réservée par les textes au juge de l'Union de recourir à l'expert non seulement dans le cadre de recours directs, mais aussi dans celui de renvois préjudiciels²⁵ (A), d'autre part par une forte réticence de celui-ci à utiliser ladite procédure (B).

A- La liberté du juge de recourir aux experts

Les règlements de procédure de la Cour, du Tribunal et du Tribunal de la fonction publique prévoient que le juge de l'Union européenne, lorsqu'il n'est pas convaincu ou suffisamment éclairé quant à l'établissement de certains faits ou actes, peut – dans l'intérêt des parties autant

²² Ce règlement prévoit la création d'une Agence, l'Agence européenne des produits chimiques (Articles 91, 92 et 93 du règlement) qui doit notamment se prononcer sur le caractère complet des demandes d'enregistrement relatives à des substances chimiques ou encore sur le partage des données scientifiques entre entreprises. Or le règlement prévoit que ces décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant une Chambre des recours (Règlement n° 771/2008 de la Commission, 1er août 2008, établissant les règles d'organisation et de procédure de la chambre de recours de l'Agence européenne des produits chimiques : JOUE n° L 206, 2 août 2008, p. 5) dont les décisions pourront elles-mêmes faire l'objet d'une contestation devant le Tribunal (article 94).

²³ Le dossier technique devra comprendre l'identité du déclarant, le nom de la substance, ses propriétés intrinsèques (informations physico-chimiques, toxicologiques et éco-toxicologiques) ; ainsi que des informations sur les mesures de gestion des risques, à savoir : classification et étiquetage, conseils d'utilisation, résumés d'études, propositions d'essais (*Art.10 a*). Ce dossier devra parfois être complété par un rapport sur la sécurité chimique lorsque la production prévue est supérieure à 10 tonnes (*Art. 10 b*) et 14). L'évaluation de la sécurité chimique d'une substance comprend les étapes suivantes : une évaluation des risques pour la santé humaine ; une évaluation des risques pour l'environnement et une évaluation PBT et VPVB (substances persistantes, bio-accumulables et toxiques et substances très persistantes et très bio-accumulables).

²⁴ TPICE, 19 novembre 2008, *Ralf Schröder c/ Office communautaire des variétés végétales (OCVV)*, aff. T-187/06, pts 64-65 : « L'appréciation du caractère distinct d'une variété végétale exige « qu'il soit vérifié si la variété candidate 'se distingue nettement, par référence à l'expression des caractères qui résultent d'un génotype ou d'une combinaison de génotypes donnés, de toute autre variété' (...) une telle appréciation exige une expertise et des connaissances techniques particulières, notamment dans le domaine de la botanique et de la génétique ».

²⁵ Conclusions de l'Avocat général F.G. Jacobs présentées le 11 juillet 1991 dans l'affaire *Technische Universität München c/ Hauptzollamt München-Mitte*, C-269/90, pt. 13, renvoyant à l'art. 103 RP de la Cour.

que celui de la bonne administration de la justice – ordonner une expertise soit d'office, soit sur demande des parties²⁶. Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure de référé, le président de la Cour et du Tribunal peut, à la demande d'une ou de plusieurs des parties au litige, ordonner des mesures provisoires²⁷ et « *notamment désigner un expert pour procéder à des vérifications demandées* »²⁸. La nécessité d'ordonner une expertise est examinée systématiquement dans la mesure où le juge rapporteur doit intégrer, dans son rapport préalable, des propositions sur la question de savoir si l'affaire appelle des mesures d'instruction, telle qu'une expertise²⁹. L'expertise ordonnée par le juge est toute entière articulée autour du pouvoir d'appréciation accordée au juge (1) et, en conséquence, des contraintes imposées aux experts (2).

1 - Le pouvoir d'appréciation du juge

Même si le pouvoir d'appréciation du juge n'est pas absolu et doit notamment être concilié avec les exigences du procès équitable³⁰, celui-ci est particulièrement étendu. Il s'étend non seulement à la nécessité d'avoir recours à un expert³¹, mais aussi au choix de l'expert en question, ainsi qu'à la détermination de la force probante de l'expertise. La latitude de recourir à l'expert apparaît clairement dans l'hypothèse où les parties demandent au juge que soit ordonnée une expertise. Le juge exige, en ce cas, non seulement qu'elles en démontrent l'utilité³², mais encore qu'elles fournissent un commencement de preuve suffisant à l'appui de leur requête³³. La désignation d'un expert n'est justifiée que dans la mesure où les faits d'ores et déjà établis créent une présomption en faveur de la thèse du requérant. Toutefois, même en ce cas, le juge apprécie ces éléments de début de preuve d'une manière totalement souveraine sans nécessairement expliciter les raisons pour lesquelles il accepte ou refuse la demande de recourir à l'expert³⁴. Par ailleurs, compte tenu de ce pouvoir d'appréciation souverain du juge, la Cour s'abstient en principe de contrôler le refus du Tribunal d'ordonner une expertise, sauf dans deux hypothèses, à savoir « *dans le cas d'une dénaturation des éléments de preuve présentés au Tribunal ou lorsque l'inexactitude*

²⁶ Article 25 Statut de la Cour ; article 45 §§ 1 et 2 Règlement de procédure (ci-après « RP ») de la Cour ; articles 49 et 65 RP du Tribunal ; articles 57 et 62 RP du Tribunal de la fonction publique ; voir dernièrement CJUE, 9 juin 2010, *Luigi Marcuccio c/ Commission européenne*, aff. F-56/09, non encore publié au Recueil, pts 83 et 84.

²⁷ Article 39 Statut de la Cour ; articles 84 § 2, 85 RP de la Cour ; article 105 RP du Tribunal ; article 103 RP du Tribunal de la fonction publique.

²⁸ CJCE, 26 novembre 2002, *Communauté européenne c/ First NV et Franex NV*, aff. C-275/00, *Rec.* 2002, p. I-10943, pt. 45. La Cour y renvoie à une ordonnance du 28 avril 1982, *Commission c/ CO.DE.MI*, 381/81 R, *Rec.* 1982, p. 1325, pts 1-3.

²⁹ Art. 44 § 2 RP de la Cour ; article 52 § 2 RP du Tribunal ; article 45 § 2 RP du Tribunal de la fonction publique.

³⁰ Ainsi, il est prévu que les parties et l'avocat général doivent être entendus avant que le juge ne décide d'avoir recours à l'expertise : Article 45 § 1 RP de la Cour ; article 66 RP du Tribunal.

³¹ CJCE, 7 octobre 2004, *Mag Instrument Inc. c/ Office de l'harmonisation dans le marché intérieur*, aff. C-136/02 P, *Rec.* 2004, p. I-9165, pts 76-77 : « le Tribunal est seul juge de la nécessité éventuelle de compléter les éléments d'information dont il dispose sur les affaires dont il est saisi. Le caractère probant ou non des pièces de la procédure relève de son appréciation souveraine des faits [...]. En l'espèce, le Tribunal a pu, après avoir examiné l'ensemble des faits et des éléments de preuve qui lui étaient soumis, légitimement considérer que l'audition, en qualité de témoin, de l'auteur d'une expertise déjà produite à la procédure n'était pas nécessaire dans le cadre de son appréciation du caractère distinctif des marques en cause ».

³² CJCE, 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c/ Commission*, aff. jtes 6 et 7/73, *Rec.* 1974, pp. 223 et ss., spéc. p. 251.

³³ CJCE, 8 juillet 1965, *Satya Prakash c/ Commission CEEA*, aff. jtes 19/63 et 65/63, *Rec.* 1965, pp. 677 et ss., spéc. p. 700.

³⁴ Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.), Expert evidence before the EC Courts, *op. cit.*, p. 950, qui renvoie aux arrêts du Tribunal du 16 octobre 1990, *Vincenzo Gallone c/ Conseil*, aff. T-132/89, *Rec.* 1990, p. II-549 et du 27 novembre 1990, *Dorothea Kobor c/ Commission*, aff. T-7/90, *Rec.* 1990, p. II-721.

matérielle de ses constatations ressort des pièces du dossier»³⁵. En second lieu, le pouvoir d'appréciation du juge de l'Union s'étend au choix de l'expert. Selon l'article 25 du Statut de la Cour de justice de l'Union européenne, le juge de l'Union peut confier l'expertise à « *toute personne, corps, bureau, commission ou organe [de son] choix* ». Lorsque les parties demandent au juge d'avoir recours à l'expertise et dans la mesure où une liste d'experts agréés auprès des deux Tribunaux et de la Cour fait défaut, le juge demande en général aux parties de proposer un ou plusieurs noms d'experts. En cas d'échec de consensus en faveur d'un expert, « *il tiendra compte du choix de chacune des parties* »³⁶. Lorsqu'il est ainsi convenu d'établir un comité constitué de plusieurs experts désignés par chacune des parties, il invite ceux-ci à s'entendre sur celle ou celui d'entre eux qui préside le comité d'experts. Enfin, le pouvoir d'appréciation du juge s'étend également à la détermination de la force probante de l'expertise : il résulte de sa jurisprudence que l'expertise est « *susceptible de constituer un élément de preuve* »³⁷ que le juge peut prendre en considération sans toutefois y être contraint.

2 - Les contraintes encadrant la mission des experts

Du pouvoir d'appréciation du juge découle logiquement une série de contraintes imposées aux experts dans leur mission. D'une manière générale, la mission de l'expert consiste à constater ou à apprécier des « *situations de fait qui exigent des connaissances techniques que le juge ne possède pas* »³⁸. Il contribue ainsi à mettre la juridiction en état de trancher le litige³⁹, en l'éclairant sur des questions d'ordre technique. Plus précisément, en vertu de l'article 49 § 1 du règlement de procédure de la Cour, l'expert commandité par la Cour est chargé de l'exécution d'une mission précisée dans la même ordonnance qui le nomme. Celle-ci fixe également un délai pour la remise du rapport⁴⁰. Dans le cadre de sa mission, l'expert doit se limiter à ne donner son avis « *que sur les points qui lui sont expressément soumis* »⁴¹. Tout élément qui touche à la contestation d'une appréciation relevant du pouvoir de l'administration⁴² ou au traitement d'une question de droit⁴³ se situe par conséquent en dehors de la mission confiée à l'expert. Autrement dit, pour se conformer aux règles de procédure, l'expert doit se limiter à appliquer l'adage : « *la mission rien que la mission mais toute la mission* »⁴⁴.

Pendant l'exécution de sa mission, le principe du contradictoire ainsi que les règles déontologiques s'appliquent à l'expert. Si ce dernier ressent une utilité d'entendre des témoins, il peut demander à la juridiction qui l'a désigné de procéder à leur audition⁴⁵. Une fois que l'expertise a fait l'objet d'une transcription sous forme de rapport, l'expert dépose celui-ci au greffe de la juridiction. Il prête alors le serment suivant « *Je jure d'avoir rempli ma mission en conscience,*

³⁵ CJCE, Ord. du 12 décembre 2006, *Autosalone Ispra Snc c/ CEEA*, aff. C-129/06 P, *Rec.* 2006, p. I-131, pts 22 et 23 ; CJCE, 4 mars 1999, *Ufex e.a. c/ Commission*, aff. C-119/97 P, *Rec.* 1999, p. I-1341, pt. 66 ; CJCE, 10 juillet 2001, *Ismeri Europa c/ Cour des comptes*, aff. C-315/99 P, *Rec.* 2001, p. I-5281, pt. 19.

³⁶ Mehdi (R.), La preuve devant les juridictions communautaires *op. cit.*, p. 170.

³⁷ CJCE, 9 juin 2005, *HLH Warenvertriebs GmbH et Orthica BV c/ Bundesrepublik Deutschland*, aff. jtes C-211/03, C-299/03, C-316/03, C-317/03 et C-318/03, pt. 93.

³⁸ Olivier (M.), L'expertise devant les juridictions communautaires, *Gazette du Palais*, 10 mars 1994, p. 293.

³⁹ CJCE, 2 avril 1981, *Pizzolo c/ Commission*, aff. 785/79, *Rec.* 1981, pp. 969, 981.

⁴⁰ Article 49 § 1 RP de la Cour ; article 70 § 1 RP du Tribunal ; article 62 § 1 RP Tribunal de la fonction publique.

⁴¹ Article 49 § 4 RP de la Cour ; article 70 § 4 RP du Tribunal ; article 62 § 4 Tribunal de la fonction publique.

⁴² À propos d'un jugement des mérites d'un fonctionnaire : CJCE, 2 octobre 1986, *V. R. c/ Commission*, aff. 75/85, *Rec.* 1986, pp. 2775 et 2796.

⁴³ Olivier (M.), L'expertise devant les juridictions communautaires, *op. cit.*, p. 293.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Articles 47 et 49 § 3 RP de la Cour ; articles 68 et 70 § 3 RP du Tribunal ; articles 59 et 62 § 3 Tribunal de la fonction publique.

en toute impartialité»⁴⁶, à moins qu'il n'en ait été dispensé après audition des parties. Force est de constater que le régime de responsabilité de l'expert peut paraître quelque peu paradoxal. Certes, les règles de procédure prévoient que l'expert désigné par le juge prête serment après la remise de son rapport d'expertise et, plus généralement, chaque fois qu'il est entendu publiquement⁴⁷ (– à moins qu'il n'en ait été dispensé par la Cour ou le Tribunal après audition des parties –), sous peine de s'exposer à une poursuite répressive en cas de fausse déclaration⁴⁸. Cependant, la récusation des experts désignés par le juge et leur responsabilité en cas de fausse déclaration sont entourées de flou. En effet, si le règlement additionnel prévoit à son article 6 que « *[l]a Cour, l'avocat général entendu, peut décider de dénoncer à l'autorité compétente [...] de l'Etat membre dont les juridictions sont compétentes aux fins d'une poursuite répressive, tout faux témoignage ou toute fausse déclaration d'expert commis sous serment devant elle* », il ne s'agit que d'une faculté dont dispose le juge de l'Union, et rien n'est précisé sur la détermination du caractère faux de la déclaration (par qui ? par rapport à ?).

B- La réticence du juge à recourir aux experts

Alors que « *le nombre d'articles consacrés à l'instruction (et en particulier à l'expertise) dans le règlement de procédure (...) donne à penser qu'il s'agit d'un élément courant de la procédure* »⁴⁹, force est de constater une réticence de la Cour et du Tribunal, à recourir à des modes contraignants d'administration de la preuve tels que l'audition de témoins ou encore l'expertise. La rareté des expertises ordonnées (1) s'explique par une profusion de raisons qu'il convient d'identifier (2).

1- La rareté des expertises « ordonnées »

Il s'avère en effet que le juge de l'Union ordonne très rarement une expertise d'office ou à la demande des parties. Tout domaine confondu, l'on ne peut recenser seulement qu'une petite trentaine⁵⁰ d'affaires dans lesquels la Cour et le Tribunal ont recouru à l'expert ce qui, au regard du volume global d'affaires, ne représente qu'une part très congrue. La plupart du temps donc, aucun expert n'est désigné par le juge, y compris lorsque l'expertise est demandée par les parties. Les explications données par le juge sont souvent très elliptiques, celui-ci se contentant de souligner qu'« *il résulte, (...) des éléments du dossier (...) que ces mesures ne présentent aucune utilité pour la solution du litige. Par conséquent, les conclusions tendant à ce que le Tribunal ordonne les mesures d'instruction doivent être rejetées* »⁵¹. On retrouve souvent ce même type de formules⁵² qui attestent que la Cour comme le Tribunal ne s'embrasse guère de justifier leur refus.

Il faut aussi constater que le recours à l'expertise, dans les hypothèses où il a eu lieu, l'a souvent été dans certains contentieux récurrents, en particulier le contentieux de la fonction

⁴⁶ Article 49 § 6 RP de la Cour ; article 70 § 6 RP du Tribunal ; article 62 § 6 RP Tribunal de la fonction publique.

⁴⁷ Article 49 § 6 RP de la Cour ; article 70 § 6, alinéa 1 RP du Tribunal ; article 62 § 6 RP du Tribunal de la fonction publique.

⁴⁸ Article 124 RP de la Cour ; article 71 RP du Tribunal ; article 63 RP du Tribunal de la fonction publique.

⁴⁹ Picod (F.), *La Cour de justice (Procédure)*, *op. cit.*, p. 12, § 78.

⁵⁰ Nous retenons ici les chiffres données par Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.) dans leur étude : *Expert evidence before the EC courts*, *op. cit.*, pp. 941-985 puisqu'il est impossible, sans accéder aux documents internes de la Cour, d'effectuer un tel décompte.

⁵¹ TPICE, 5 juillet 2005, *Luigi Marcuccio c/ Commission*, aff. T-9/04, *Rec. fonction publique* 2005, p. I-A-195 ; p. II-881, pt. 57.

⁵² TPICE, 6 septembre 2006, *Bayer CropScience AG e.a. c/ Commission*, aff. T-34/05, pt 168 ; CJCE, 12 décembre 2006, *Autosalone Ispra Snc c/ CEEA*, aff. C-129/06 P, pt. 19.

publique communautaire, notamment lorsqu'il fait intervenir des considérations médicales⁵³ (quel degré des troubles mentaux au regard d'un manquement professionnel relevant d'une procédure disciplinaire ? Le cancer du poumon est-il une maladie professionnelle ? le fait de ne pas avoir informé le requérant de son état de santé peut-il déboucher sur réparation ?...) ou encore dans les contentieux en responsabilités pour établir le préjudice subi, le manque à gagner et donc le montant de la réparation⁵⁴. En général le recours à l'expertise a été motivé par trois formules : 1- une déficience des preuves présentées au juge, 2- des informations contradictoires données par la Commission et les autres requérants au juge, 3- des arguments des parties contenant des éléments d'une nature extrêmement technique. Souvent, ces trois éléments sont d'ailleurs mêlés, la Cour énonçant bien que « *l'expertise joue un rôle prépondérant lorsqu'aucune des parties n'est à même d'apporter la preuve de l'exactitude des données ou des chiffres qu'elle invoque et que ceux-ci sont controversés* »⁵⁵. L'on peut enfin ajouter qu'en cas de recours à l'expertise, la Cour remet rarement en cause les conclusions de l'expert. La Cour « *se [base alors] sur le résultat du rapport d'expertise qu'elle adopte et fait sien* »⁵⁶. Ainsi, le Tribunal et la Cour, dans plusieurs affaires médicales, ont bien rappelé que les appréciations médicales proprement dites formulées par les différentes commissions médicales devaient être considérées comme définitives lorsqu'elles avaient été émises dans des conditions régulières⁵⁷. On trouve également des illustrations dans le domaine de l'environnement⁵⁸. Les cas où la Cour n'a approuvé que partiellement les conclusions de l'expert sont rarissimes⁵⁹. Dans la majorité des

⁵³ CJCE, 27 mai 1970, *X c/ Commission de contrôle des Communautés européennes*, aff. 12/68, Rec. 1970, p. 291 ; CJCE, 6 décembre 1972, *X c/ Conseil des Communautés européennes*, aff. 18/70, Rec. 1972, p. 1205 ; CJCE, 3 février 1994, *Alfredo Grifoni c/ Communauté européenne de l'énergie atomique*, aff. C-308/87, Rec. 1994, p. I-341 ; TPICE, 25 septembre 1991, *Henricus Nijman c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-36/89, Rec. 1991, p. II-699 ; TPICE, 16 mars 1993, *David Blackman c/ Parlement européen*, aff. jtes T-33/89 et T-74/89, Rec. 1993, p. II-249 ; TPICE, 18 décembre 1997, *Walter Gill c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-90/95, Rec. 1997, p. I-A-471 ; p. II-1231 ; TPICE, 27 février 2003, *Commission des Communautés européennes c/ Ivo Camacho-Fernandes*, aff. T-20/00 OP, Rec. p. I-A-00075 et II-00405 ; TPICE, 21 avril 2004, *R. c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-313/01, Rec. 2004, p. I-A-129 ; p. II-577.

⁵⁴ Il est de jurisprudence constante que la réparation du préjudice a pour objet de reconstituer autant que possible le patrimoine de la victime de l'illégalité du comportement des institutions communautaires. Afin de remettre les victimes dans la situation où elles se seraient trouvées si l'acte dommageable ne s'était pas produit, c'est au premier chef le dommage réellement subi qui doit être réparé. Ainsi faut-il que le manque à gagner soit évalué, dans toute la mesure du possible, sur le fondement des données et des chiffres individuels reflétant la situation réelle de chaque requérant et de son exploitation. CJCE, 7 juin 1966, *Société anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence et 13 autres requérantes c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 29, 31, 36, 39 à 47, 50 et 51-63, Rec. 1966, p. 199 ; Ordonnance du Président de la Cour du 28 avril 1982, *Commission des Communautés européennes c/ CO.DE.MI. SpA*, aff. 318/81 R, Rec. 1982, p. 1325 ; CJCE, 27 janvier 2000, *J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra et Otto Heinemann c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, Rec. 2000, p. I-203 ; TPICE, 11 juillet 2007, *Schneider Electric SA c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-351/03, Rec. 2007, p. II-2237.

⁵⁵ CJCE, 27 janvier 2000, *J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra et Otto Heinemann c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, Rec. 2000, p. I-203, pt. 84.

⁵⁶ CJCE, 15 juillet 1960, *Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France e.a. c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 24/58 et 34/58, Rec. 1960, p. 577, spéc. p. 599, pt. 1.

⁵⁷ TPICE, 26 févr. 2003, aff. T-145/01, *Benito Latino c/ Commission* : Rec. CJCE 2003, II, p. 337, pt. 47 : « *Selon une jurisprudence bien établie, la mission qui incombe à la commission médicale de porter en toute objectivité et en toute indépendance une appréciation sur des questions d'ordre médical exige, d'une part, que cette commission dispose de l'ensemble des éléments susceptibles de lui être utiles et, d'autre part, que sa liberté d'appréciation soit entière. Les appréciations médicales proprement dites doivent être considérées comme définitives lorsqu'elles ont été émises dans des conditions régulières* ». Voir aussi TPICE, 27 février 2003, *Commission des Communautés européennes c/ Ivo Camacho-Fernandes*, aff. T-20/00 OP, Rec. p. I-A-00075 et II-00405.

⁵⁸ CJCE, 15 octobre 2009, *Enviro Tech*, C-425/08, non encore publié au Recueil : La Cour tient pour acquis les faits avancés par les experts ainsi que leur qualification juridique, reprise par la Commission, classant le bromure de n-propyle comme substance facilement inflammable et toxique pour la reproduction humaine.

⁵⁹ CJCE, 27 janvier 2000, *J.M. Mulder, W.H. Brinkhoff, J.M.M. Muskens, T. Twijnstra et Otto Heinemann c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-104/89 et C-37/90, Rec. 2000, p. I-203, pt. 330.

hypothèses, le juge va donc simplement mener une opération d'« *encodage juridique du discours savant de l'expert mandaté* »⁶⁰.

2- La profusion des raisons : contexte du contrôle ou stratégie du juge ?

La réticence du juge de l'Union invite nécessairement à rechercher au-delà des motifs souvent très laconiques des arrêts sur la question, quelles sont les raisons d'une telle attitude. Le juge n'a-t-il simplement pas besoin des experts ou s'agit-il d'une stratégie d'« évitement » de l'expert par le juge ?

Il faut admettre que la nature de certains contrôles n'implique pas un travail de preuve et donc d'expertise très poussé : il en est ainsi des renvois préjudiciels en interprétation qui ne connaissent pas, sauf exceptions⁶¹, de questions de fait et pour lesquels la discussion ne se conduit pas, en général, en confrontant des expertises. C'est le cas aussi de certains recours en manquement en particulier lorsqu'ils concernent le contrôle des mesures nationales prises en vue de protéger la santé publique ou l'environnement dans un contexte d'incertitude. En effet, en ce cas, le but légitime est le plus souvent présumé sans démonstration plus précise⁶² et les mesures adoptées dans ce but sont essentiellement appréhendées à travers un critère plus politique que scientifique, le niveau de risque « acceptable »⁶³ : l'expertise n'est donc pas ici déterminante. L'on pourrait ajouter que les arguments des parties, souvent très développés, suffisent la plupart du temps au juge pour forger une solution, sans qu'il soit nécessaire, surtout lorsque l'incertitude scientifique règne, de commander une « expertise de plus ».

Toutefois, au-delà, l'évitement de l'expert paraît souvent volontaire et guidé par des motivations, d'ailleurs plus ou moins « *louables* »⁶⁴. Très certainement, l'une des raisons tout à fait compréhensible, tient aux risques d'allongement de la procédure⁶⁵ que pourrait entraîner le recours à un expert. L'évitement découle également fréquemment de la volonté du juge non

⁶⁰ Ost (F.), *Dire le droit, Faire justice*, Bruylant, 2007, p. XIX.

⁶¹ Par exemple, l'interprétation d'une notion scientifique contenue dans une norme de l'Union, voir plus loin II B.

⁶² CJCE, 6 juin 1984, *Procédure pénale contre CMC Melkunie BV*, Affaire 97/83, *Rec.* p. 02367. Il s'agissait d'une affaire relative à une réglementation néerlandaise prévoyant que les produits laitiers stérilisés ne devaient pas contenir de bactéries coliformes et à une procédure pénale contre un producteur néerlandais de lait en provenance d'Allemagne qui ne respectait pas ces obligations : ici la Cour considère la législation comme justifiée bien qu'il ne soit pas établi la nécessité de cette mesure au regard de l'objectif de santé publique. L'arrêt est remarquable en ce qu'il permet aux Etats membres de tenir compte des habitudes spécifiques nationales et d'un risque même minime couru par quelques groupes de consommateurs particulièrement sensibles.

⁶³ Voir par exemple l'affaire *Walter Hahn* dans laquelle la Cour juge l'opportunité d'une mesure autrichienne de précaution contre la listeria au regard d'un rapport scientifique dont elle reprend point par point le contenu... et en conclut elle-même que les données disponibles, en l'état actuel de la recherche scientifique, ne permettent pas de fixer avec certitude la concentration précise de listeria dans certains aliments laissant du même coup à l'Autriche le soin de décider du niveau auquel il entend assurer la protection de la santé et de la vie des personnes, tout en tenant compte des exigences de la libre circulation des marchandises (C-121/00, *Walter Hahn*, 24 octobre 2002, points 41 et s.).

⁶⁴ Coutron (L.), *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, vol. 8, 2008, p. 535.

⁶⁵ Le délai de la procédure est l'une des premières préoccupations du juge de l'Union, notamment pour mettre en accord le temps du droit et le temps propre à la vie économique et sociale mais aussi pour satisfaire le droit à un procès dans un délai raisonnable, principe général de droit de l'Union que la Cour a déjà eu à appliquer à l'encontre du TPICE (CJCE, 17 décembre 1998, *Baustahlgewerke GmbH c/ Commission* C-185/95 P). Sur le fondement de l'article 6 CEDH (droit à un procès équitable), la Cour a accueilli le moyen tiré de la durée excessive de la procédure devant le TPICE. Voir aussi l'arrêt du 15 octobre 2002, *LVM*, aff. C-38/99 P dans lequel la Cour qualifie ce droit de PGD affirmant implicitement que l'article 6 de la CEDH ne peut faire l'objet d'une application directe par le juge de l'Union. Voir plus récemment, CJCE, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt*, aff. C-385/07 P, non publié au *Rec.*

seulement de ne pas empiéter sur les attributions des autres institutions, mais aussi (et surtout ?) de ne pas voir ses propres attributions remises en cause. Il est en effet de jurisprudence constante que dès lors que les institutions de la Communauté ou les États membres sont « *confronté[s] à un dossier scientifiquement et politiquement très complexe et sensible* »⁶⁶, le juge limite son contrôle à un contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation. Dans cette situation, « *le juge ne peut en effet substituer son appréciation des éléments factuels scientifiques et techniques à celle des institutions à qui seules le Traité a confié cette tâche* »⁶⁷. En ce cas, son examen porte uniquement sur le respect des règles de forme et de procédure, l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dans l'appréciation de ces faits ou l'absence de détournement de pouvoir. La formulation varie, mais la technique est très constante⁶⁸ et ce depuis le célèbre arrêt *Technische Universität München*⁶⁹. Il est aussi constant que si, dans le cadre de l'Union, les autorités nationales compétentes sont appelées à effectuer des évaluations complexes, il convient dès lors de leur reconnaître un large pouvoir d'appréciation et l'exercice de ce pouvoir doit être également soumis à un contrôle limité⁷⁰ y compris au plan national. Or, s'il n'a jamais été précisé ce qu'il convient d'entendre par un « dossier complexe », le juge a considéré qu'une appréciation « *ne présente aucune complexité [...], étant donné, notamment, qu'elle n'exige pas d'expertise ou de connaissances techniques particulières* »⁷¹. En conséquence, le besoin de s'aider d'une expertise laisse supposer que si erreur il y a, dans l'appréciation d'une institution quelqu'elle soit, celle-ci n'apparaît pas à l'évidence et que, donc, le contrôle ici exercé par le juge, se veut entier. Dès lors, et pour ne pas brouiller le principe du contrôle restreint, le juge décide le plus souvent de ne pas recourir à des mesures d'expertises⁷². Toutefois, dans le même temps, cette lecture du contrôle opéré par la Cour est désormais largement discutée. Outre la difficulté liée à la distinction de ce qui relève d'un contrôle normal ou d'un contrôle restreint liée à la difficulté d'identifier les dossiers dits « complexes », un certain nombre d'arrêts du Tribunal ou de la Cour⁷³ ont confirmé si besoin était que « *les distinctions entre contrôle minimum, contrôle restreint et contrôle entier ou maximum*

⁶⁶ TPICE, 17 février 1998, *Pharos SA c/ Commission*, aff. T-105/96, Rec. 1998, p. II-285, pt. 69. Molinier (J.), Le contrôle juridictionnel et ses limites : à propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires in Rideau (J.) (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, LGDJ, Paris 2000 ; Ritleng (D.), Le juge communautaire de légalité et le pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires, *AJDA*, 1999, p. 653.

⁶⁷ Pour des exemples dans le domaine environnemental et sanitaire : CJCE, 18 juillet 2007, *Industrias Químicas del Vallés/ Commission*, C-326/05 P, Rec. p. I-6557, points 75 à 77 et CJCE, 15 octobre 2009, *Enviro Tech*, aff. C-425/08, non encore publié au Recueil, point 47.

⁶⁸ Pour une illustration dans le domaine environnemental et sanitaire : TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305, pt. 169.

⁶⁹ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München c/ Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469.

⁷⁰ CJCE ; 21 janvier 1999, *Upjohn*, C-120/97, Rec. p. I-223, pts 34-35 à propos du contrôle juridictionnel des décisions nationales de retrait d'AMM de spécialités pharmaceutiques. Voir aussi CJCE, 29 avril 1999, *Standley e. a.*, aff. C-293/97, Rec. p. I-2603, pt. 37.

⁷¹ TPICE, 3 juillet 2002, *A. Menarini c/ Commission*, aff. T-179/00, pt. 45. Dans l'arrêt *Bayer CropScience AG*, le TPI a considéré que peuvent être « *hautement complexes* », « *des éléments factuels d'ordre scientifique et technique* » : TPICE, 9 septembre 2008, *Bayer CropScience AG e.a. c/ Commission*, aff. T-75/06, pt. 141.

⁷² Voir l'arrêt du TPICE du 29 juin 2000, *DSG Dradenauer Stahlgesellschaft*, aff. T-234/95, Rec. 2000, p. II-2603, § 146 et le commentaire de D. RITLENG, *Europe*, août-septembre 2000, comm. n° 243.

⁷³ Sur ce point, l'arrêt *Tetra Laval* de la Cour sur le terrain de la concurrence est emblématique puisque la Cour rappelle que si la Commission dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire, notamment pour ce qui est des appréciations d'ordre économique, « *cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique (...) (pour) notamment vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées* » : CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval*, aff. C-12/03 P, Rec. I- 987, pts 38 et 39.

expriment plus une échelle mobile d'intensité du contrôle qu'une taxinomie rigoureuse qui lierait le juge»⁷⁴. Expliquer l'absence de recours aux experts par l'existence d'un contrôle restreint n'est donc pas très convaincant.

En fait, à y regarder de plus près, l'on doit se demander si la raison principale ne tient pas plutôt à la volonté de la Cour de ne pas voir ses propres attributions remises en cause par ce qui pourrait apparaître comme une délégation de sa compétence aux experts. Il faut dire que le monopole de compétence dont elle dispose ne l'a pas habituée à des délégations de compétence, ni d'ailleurs parfois à beaucoup de « courtoisie » juridictionnelle⁷⁵. Pour le juge de l'Union, comme pour n'importe quel juge, le recours à l'expertise marquerait une sorte d'abandon de « *la magie du droit* »⁷⁶ et une transformation subséquente de sa fonction puisque, limité par les chiffres, les rapports, les expertises⁷⁷, le juge ne se contenterait plus seulement de trancher un différend en faisant preuve d'une sorte d'intelligence de la situation. Il résulte de nos entretiens avec un juge à la Cour et un référendaire au Tribunal que le faible recours à l'expert par le juge tient, avant toute chose, à la confiance de ceux-ci dans leur propre expertise. Certes, le traité n'exige pas des membres de la Cour une compétence technique particulière⁷⁸ et l'art judiciaire ne résulte pas de « *l'incultation théorique de savoirs techniques, mais provient de l'apprentissage sur le tas d'un ensemble de savoir-faire essentiels ni standardisable, ni reproductible* »⁷⁹. Certes, la création de tribunaux spécialisés⁸⁰ ne semble pas se profiler⁸¹ et le caractère généraliste de la Cour devrait demeurer la règle. Toutefois, les juges, à l'évidence, n'hésitent pas régulièrement de se documenter sur un sujet y compris très technique, pour comprendre les enjeux des litiges auxquels il leur incombe de trouver une issue⁸². D'ailleurs, dans certains domaines, la répétition des affaires a forgé au bénéfice des membres de la

⁷⁴ Simon (D.), Le contrôle de proportionnalité exercé par la CJCE, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 18.

⁷⁵ Voir Brosset (E.), Le discours juridictionnel et les rapports entre ordres juridiques in Michel (V.) (dir.), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses universitaires de Strasbourg, 2009, pp. 243-270.

⁷⁶ Naim-Gesbert (E.), *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, VUB Press-Bruylant, 1999, p. 611.

⁷⁷ Bruno Latour a bien montré le rôle restrictif que joue la matérialité des éléments livrés au juge sur sa liberté d'appréciation : *La fabrique du droit ; une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002.

⁷⁸ « Les membres du Tribunal sont choisis parmi les personnes offrant toutes les garanties d'indépendance et possédant la capacité requise pour l'exercice de hautes fonctions juridictionnelles » Article 254 TFUE. Et l'association avec le traité de Lisbonne d'anciens membres de la Cour ou du TPI dans la désignation ne change pas les choses (voir Article 255 TFUE).

⁷⁹ Vauchez (A.), Les jauges des juges, La justice aux prises avec la construction de sa légitimité (Réflexions post-Outreau) in La qualité des décisions de justice, Actes du Colloque des 8-9 mars 2007 organisé par la Faculté de droit de Poitiers, disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe, pp. 73-74.

⁸⁰ L'on sait que le Traité de Nice a créé une base juridique pour la création de chambres juridictionnelles spécialisées. Le Traité de Lisbonne a adapté la terminologie en les désignant comme « tribunaux spécialisés adjoints » au Tribunal de première instance. Selon le Traité de Lisbonne, le droit de proposition pour la création de tribunaux spécialisés appartiendra soit à la Cour de justice après consultation de la Commission européenne, soit à la Commission européenne et après consultation de la Cour de Justice. Le Parlement européen et le Conseil statueront conformément à la procédure législative ordinaire. Ces tribunaux spécialisés seront chargés de connaître en première instance de certaines catégories de recours formés dans des matières spécifiques.

⁸¹ Voir pour exemple le sort réservé à la proposition de création d'un Tribunal du brevet communautaire qui n'a jamais été adoptée et vient d'être remplacée par une proposition de « Cour européenne des brevets » (COM (2007) 165 et résolution du Conseil compétitivité du 4 décembre 2009) complété par article 262 TFUE (qui attribue à la Cour de justice la compétence pour statuer sur des litiges liées à l'application des actes qui créent des titres européens de propriété industrielle).

⁸² Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.), Expert evidence before the EC courts, *op. cit.*, p. 959 : « *The EC Courts [...] seem to enjoy a great discretion as to the amount of personal experience or knowledge they can put into their judgments in order to establish the factual background of the case* ».

Cour une expérience certaine qui leur permet de se référer à ce que certains ont appelé les règles d'expérience⁸³.

II - LE PROCES DE L'EXPERTISE DEVANT LE JUGE DE L'UNION

En l'absence d'experts désignés par le juge, d'où vient l'expertise nécessaire au juge dans certains contentieux scientifiques ? D'une part, d'une façon peu surprenante, le juge prend en compte l'expertise fournie par les parties à l'instance, d'autre part, le juge, d'une façon plus inédite, se substitue en quelque sorte à l'expert. Dans les deux cas, le juge participe au « procès » de l'expertise, tantôt contribuant à l'encadrement de l'expertise non ordonnée, en particulier l'expertise gouvernementale (A), tantôt s'insérant plus directement dans le travail même de l'expertise (B).

A- L'encadrement par le juge de l'expertise non ordonnée

L'expertise est le plus souvent celle des parties, rapportée soit à l'écrit en annexe des mémoires, soit à l'oral pendant les plaidoiries sans que le juge n'ait besoin d'ordonner la désignation de ses propres experts. Cela n'est guère surprenant : d'après l'adage « *actori incumbit probatio* », c'est au requérant que pèse la charge de rapporter la preuve de ce qu'il avance⁸⁴ et rien ne paraît exclure un tel recours par la Cour aux travaux techniques et scientifiques qui sont produits aux débats par les parties et sans lesquels d'ailleurs elle éprouverait de plus en plus de difficultés à se prononcer. D'ailleurs, les parties devant le juge de l'Union ont souvent un poids économique ou administratif qui, de ce fait, leur confère la capacité de produire au dossier une quantité importante d'études scientifiques faisant d'ores et déjà bien le tour de la question, abordant y compris des opinions scientifiques les plus minoritaires et permettant au juge de forger sa propre conviction.

Paradoxalement, les textes n'évoquent guère cette expertise. En effet, il est constant que tandis que l'expertise ordonnée par le juge fait l'objet d'un encadrement strict par les dispositions pertinentes des règlements de procédure des trois juridictions, le statut de l'expertise fournie par les parties est entouré de flou : les textes ne prévoient rien concernant la personne de l'expert, sa mission ou l'encadrement de l'expertise partisane⁸⁵, ce qui incite à penser que la solvabilité de la partie qui commande l'expertise risque d'avoir des répercussions sur le résultat de celle-ci. Au-delà, les règlements de procédure ne comportent pas de règles sur l'appréciation de la valeur des preuves avancées par les parties, le juge a donc toute liberté de les apprécier en particulier du point de vue de leur crédibilité. Cependant, dans la jurisprudence, apparaît de manière d'ailleurs assez développée, des indications sur le type et le degré de preuve requis pour prouver un fait donné. En effet, le juge s'est fréquemment exprimé sur ce que l'on doit considérer comme une mesure scientifiquement justifiée et sur les conditions d'une évaluation scientifique rigoureuse (1). Or, ce faisant, le juge a contribué à la définition progressive d'un statut juridique de l'évaluation des risques, sorte de « *vade mecum* » à destination des autorités normatives et administratives qui irrigue indirectement l'organisation de l'expertise des parties devant le juge. En outre, la jurisprudence de la Cour, avec toutefois quelques éclipses, est venue garantir le droit à la contre-expertise ce qui ici encore participe à l'encadrement de l'expertise des parties (2).

⁸³ C'est le cas notamment dans le domaine de la concurrence : Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.), Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective, *op. cit.*, p. 250.

⁸⁴ Pour un exemple d'application récente de ce principe, voy. l'arrêt de la CJCE du 4 décembre 2008, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-249/07, *Rec.* 2008, p. I-174, pt. 45.

⁸⁵ Barbier de le Serre (E.) et Sibony (A.-L.), Expert evidence before the EC Courts, *op. cit.*, pp. 965-966.

1- L'encadrement par la détermination des critères de la « bonne » évaluation des risques

Sans revenir ici sur une jurisprudence foisonnante en la matière, il est ici uniquement question de constater que le juge, dans le cadre des contentieux sanitaires et environnementaux en particulier, a élaboré toute une série de critères, essentiellement formels, de la « bonne » évaluation des risques qui, logiquement, façonnent ensuite l'expertise présentée par les parties devant le juge.

D'abord, la Cour vérifie bien que l'institution mise en cause (institution de l'Union ou étatique) a pratiqué une évaluation scientifique, y compris lorsque celle-ci n'est pas imposée par les textes, dès lors qu'un doute existe sur les risques à propos desquels la réglementation est adoptée. Par exemple, dans le cadre d'un litige opposant la Commission européenne au Danemark au sujet d'une pratique danoise consistant à subordonner la commercialisation de denrées alimentaires enrichies en vitamines et en minéraux en provenance d'autres États membres où elles sont légalement fabriquées et commercialisées, à la preuve d'un besoin nutritionnel dans la population danoise, le juge de l'Union a exigé – au stade de l'appréciation de l'éventuelle justification de la pratique sur le fondement de l'article 36 TFUE – « *une évaluation approfondie, cas par cas, des effets que pourrait entraîner l'adjonction des minéraux et des vitamines en cause* »⁸⁶. Ne satisfait pas à cette exigence l'avis qui se borne à évoquer « *de manière vague ce risque général d'apport excessif, sans préciser les vitamines concernées, le degré de dépassement desdites limites ou les risques encourus en raison de tels dépassements* »⁸⁷. Cette obligation d'évaluation préalable vaut y compris lorsque le risque est difficilement probabilisable et que le principe de précaution est invoqué. Dans cette hypothèse, même si les institutions ou l'Etat⁸⁸ peuvent décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé ou de l'environnement et adopter des mesures restrictives⁸⁹, la partie à qui incombe la charge de la preuve ne saurait se borner à adopter une « *approche purement hypothétique du risque, fondée sur de simples suppositions scientifiquement non encore vérifiées* », mais elle doit tout de même fournir une « *évaluation des risques aussi complète que possible* »⁹⁰ c'est-à-dire faire émerger des « *indices sérieux et concluants* » qui, sans écarter l'incertitude, permettent

⁸⁶ CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* 2003, p. 9693, pt. 56. Pour des commentaires de l'affaire C-192/01, voy. Bouveresse (A.), Les vitamines dopées par la libre circulation des marchandises : interdiction de commercialiser des denrées alimentaires vitaminées, besoin nutritionnel de la population et principe de précaution, *Europe*, 2003, n° 11, note n° 351, pp. 21 et 22 ; Berr (C.J.), Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de Justice des Communautés européennes, *JDI*, 2004, n° 2, pp. 569 et 570.

⁸⁷ CJCE, 23 septembre 2003, *Commission c/ Danemark*, aff. C-192/01, précité, pts 55-57. Voir également CJUE, 28 janv. 2010, aff. C-333/08, *Commission c/ France*, point 97 : ne satisfait pas à cette condition la présomption généralisée d'un risque pour la santé avancée par la France à propos de l'utilisation d'auxiliaires technologiques dans les aliments, présomption qui n'est pas supportée par des éléments de preuve justifiant pour quelle raison la commercialisation de toute denrée alimentaire dans la préparation desquelles ont été utilisés des auxiliaires, légalement fabriqués et/ou commercialisés dans d'autres États membres, présenterait un risque justifiant une interdiction.

⁸⁸ Voir, en ce sens, arrêts du 14 juillet 1983, *Sandoz*, 174/82, *Rec.* p. 2445, point 16 ; du 13 décembre 1990, *Bellon*, C-42/90, *Rec.* p. I-4863, point 11 ; du 23 septembre 2003, *Commission/Danemark*, C-192/01, *Rec.* p. I-9693, point 42 et du 5 février 2004, *Commission/France*, C-24/00, *Rec.* p. I-1277, point 49.

⁸⁹ « Lorsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué en raison de la nature insuffisante, non concluante ou imprécise des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifie l'adoption de mesures restrictives, sous réserve qu'elles soient non discriminatoires et objectives » : CJUE, 28 janv. 2010, aff. C-333/08, *Commission c/ France*, point 93 : Europe 2010, comm. 108, obs. A. Rigaux

⁹⁰ CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA et autres c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, aff. C-236/01, *Rec.* 2003, p. I-8105, pts 106-107.

« raisonnablement de douter »⁹¹ de l'absence de risque. La Cour livre ainsi, au travers d'une jurisprudence particulièrement linéaire, « un guide du bon usage du principe de précaution (...) qui ne saurait s'apparenter (...) à un « passe-partout »⁹². En sens inverse, le juge prend soin également de contrôler que lorsque des avis scientifiques ont été rendus, ces derniers sont bien intégralement et exactement pris en considération par l'institution en cause sans en occulter certains aspects afin de faire apparaître un consensus scientifique qui n'existe pas. Les avis forment « un tout indissociable, devant nécessairement être apprécié dans son ensemble afin de saisir toute la portée de la réponse scientifique fournie par les experts »⁹³. Bien plus, si une institution n'est en aucune manière tenue de suivre les conclusions exprimées dans un avis scientifique, elle est tenue, si elle s'en écarte, de « motiver spécifiquement son appréciation (...) Cette motivation devra être d'un niveau scientifique au moins équivalent à l'avis en question. Dans un tel cas, l'institution peut se baser soit sur un avis supplémentaire du même comité d'experts, soit sur d'autres éléments ayant une force probante au moins équivalente à l'avis en question »⁹⁴.

Au-delà, le juge exige que l'évaluation des risques pratiquée soit de qualité, conforme aux principes de rigueur scientifique : le Tribunal a ainsi affirmé dans ses arrêts *Pfizer et Alpharma* - concernant tous deux une demande en annulation du règlement 2821/98 interdisant l'utilisation comme additif dans l'alimentation animale de deux antibiotiques fabriqués principalement, voire exclusivement par les sociétés requérantes – que « pour remplir leurs fonctions, les avis scientifiques sur les questions relatives à la santé des consommateurs doivent, dans l'intérêt des consommateurs et de l'industrie, être fondés sur les principes d'excellence, d'indépendance et de transparence »⁹⁵. Aussi le juge de l'Union a-t-il estimé qu'en ce qui concerne les avis du comité scientifique de l'alimentation animale (SCAN⁹⁶), « il ne fait pas de doute » qu'ils satisfont à ces critères⁹⁷. À l'inverse, il ne juge ni indépendant ni transparent ni excellent l'avis rendu par le comité permanent qui, dans le domaine des additifs alimentaires pour les animaux, doit être consulté par la Commission au stade de l'évaluation puis de la gestion des risques liés à ces produits ; en effet, en tant qu'organe politique représentant les

⁹¹ TPICE, 26 novembre 2002, *Artégodon GmbH e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.* 2002, p. II-4945, pt 192. Voir également l'exemple du contentieux autour de la directive « Habitats », en particulier l'arrêt du 7 septembre 2004, *Waddenvereniging et Vogelbeschermingsvereniging*, C-127/02, *Rec.* 2004, p. I-7405, pts 43 et 44 : « (...) il convient de rappeler que la Cour a déjà jugé que l'article 6, paragraphe 3, de la directive habitats subordonne l'exigence d'une évaluation appropriée des incidences d'un plan ou d'un projet à la condition qu'il y ait une probabilité ou un risque qu'il affecte le site concerné de manière significative. Compte tenu, en particulier, du principe de précaution, un tel risque existe dès lors qu'il ne peut être exclu, sur la base d'éléments objectifs, que ledit plan ou projet affecte le site concerné de manière significative ».

⁹² Rigaux (A.), Du bon usage par un Etat du principe de précaution dans la justification des mesures qui entravent les échanges, *Europe*, n° 3, mars 2010, comm. 108.

⁹³ TPICE, ordonnance, 28 septembre 2007, *République Française c/ Commission*, aff. T-257/07, *Rec.* p. II-4153, pt 73. En l'espèce, la Cour a bien mis en lumière que l'avis rendu par l'EFSA, tout en rappelant qu'aucun élément ne permettait de conclure à un lien entre la tremblante et l'encéphalopathies spongiformes transmissibles (EST), avait bien insisté sur l'impossibilité d'exclure tout risque de transmissibilité à l'homme d'agents EST animales.

⁹⁴ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, *Rec.* 2002, p. II-3305, pt. 199.

⁹⁵ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, précité, pt. 159 ; TPICE, 26 novembre 2002, *Artégodon GmbH e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, précité, pt. 200 (comité d'experts) ; sur le critère de l'indépendance, voy. Leclerc (O.), L'indépendance de l'expert, in Favro (K.) (coord.) (Ed.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, éd. Lavoisier/Tec & Doc, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009, pp. 167-180.

⁹⁶ Par la décision 76/791/CEE, du 24 septembre 1976, relative à l'institution d'un comité scientifique de l'alimentation animale (JO L 279, p. 35), remplacée par la décision 97/579/CE de la Commission, du 23 juillet 1997, instituant des comités scientifiques dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire (JO L 237, p. 18), la Commission s'est adjointe un comité scientifique de l'alimentation animale (Scientific Committee for Animal Nutrition, ci-après le « SCAN »).

⁹⁷ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, précité, pt. 209.

États membres, ce comité n'est pas scientifique ni indépendant et ses avis sont d'autant moins transparents qu'ils ne sont pas publiés⁹⁸. Et la Cour d'ajouter que, pour satisfaire l'objectif de rigueur scientifique, l'évaluation doit prendre en outre en compte les données scientifiques les plus fiables et les plus récentes, disponibles au plan national mais aussi international. Par exemple, dans une affaire opposant la Commission européenne aux Pays-Bas relative à la réglementation néerlandaise applicable à l'ensemencement dans les eaux côtières néerlandaises des huîtres et des moules jugée contraire à la libre circulation des marchandises, la Cour a estimé que l'expertise utilisée par les Pays-Bas ne répondait pas aux exigences de sa jurisprudence « *selon lesquelles il doit être procédé à une évaluation approfondie du risque, établie à partir des données scientifiques les plus fiables et des résultats les plus récents de la recherche internationale* »⁹⁹. D'ailleurs, les avis scientifiques doivent indiquer les principaux rapports et expertises scientifiques sur lesquels ils s'appuient et mentionner, en cas de divergence significative, les raisons pour lesquelles ils s'en écartent¹⁰⁰.

2- L'encadrement par la protection du droit à la contre-expertise

La rigueur de l'expertise se mesure également à l'aune d'un principe important, le principe du contradictoire. L'« *expertise s'apparente à un procès en miniature (...) un procès dans le procès* »¹⁰¹. D'abord, afin de garantir une évaluation scientifique fondée sur une confrontation des thèses scientifiques les plus représentative, les avis scientifiques sur lesquels s'appuient les autorités normatives doivent indiquer les principaux rapports et expertises scientifiques et préciser, en cas de divergence significative, les raisons pour lesquelles elles s'écartent des conclusions des rapports ou des expertises produits par les parties concernées¹⁰². En outre, devant le juge, toutes les parties intéressées doivent en effet pouvoir faire valoir leurs avis (d'experts ?¹⁰³) sur les rapports d'expertise produits et, dans l'hypothèse la plus extrême, doivent pouvoir remettre en cause les rapports, sous la forme d'une contre-expertise. Dès 1961, la Cour a rappelé que « *ce serait violer un principe élémentaire du droit à un procès équitable que de baser une décision judiciaire sur des faits et documents dont les parties elles-mêmes, ou l'une d'entre elles, n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont pas été en mesure de prendre position* »¹⁰⁴. Partant de là, le juge s'est efforcé d'être le garant de ce qui pourrait

⁹⁸ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, précité, pt. 283 : « *le comité permanent doit être considéré comme un organe politique représentant les États membres et non pas comme un organe scientifique indépendant* ».

⁹⁹ Voir CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia e.a.*, précité, point 113 ; 23 septembre 2003, *Commission/Danemark*, précité, point 51 ; CJCE, 4 décembre 2008, *Commission c/ Royaume des Pays-Bas*, aff. C-249/07, Rec. 2008, p. I-174, pt. 51. CJUE, 28 janv. 2010, aff. C-333/08, *Commission c/ France*, point 92.

¹⁰⁰ La procédure d'autorisation de mise sur le marché d'un médicament soumis à l'avis du comité des médicaments à usage humain de l'Agence européenne du médicament donne des illustrations intéressantes. Le juge opère en effet un contrôle de la régularité du fonctionnement du comité et vérifie notamment si l'avis contient une motivation permettant d'apprécier les considérations sur lesquelles il est fondé et s'il établit un lien compréhensible entre les constatations médicales et/ou scientifiques et les conclusions qu'il comporte : voir TPICE 10 décembre 2002, *Karl Thomae GmbH c/ Commission*, aff. T-123/00, Rec. 2002, p. II-5193.

¹⁰¹ Encinas de Munagorri (R.), Définition d'« Expert et expertise », in Alland (D.), Rials (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 688.

¹⁰² TPICE, 26 novembre 2002, *Artogodan GmbH et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. II-04945, pt. 200.

¹⁰³ La participation ne découle pas ou en tous les cas pas seulement d'une volonté de démocratie mais d'un objectif d'efficacité de la décision. « *À la limite, c'est en tant qu'expert* » du moins comme « *possesseur d'information* » que le citoyen mérite de participer à la prise de décision : Azoulai (L.), Le principe de bonne administration in Auby (J-B.) et Dutheil de la Rochère (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007, p. 513.

¹⁰⁴ CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT c/ Haute-Autorité*, aff. 42 et 49/59, Rec. 1961, p. 101. Voir, aussi, arrêts du 12 février 1992, *Pays-Bas e.a. c/ Commission*, aff. jtes C-48/90 et C-66/90, Rec. 1992, p. I-565, pt. 44 ; du 5 octobre 2000, *Allemagne/Commission*, C-288/96, Rec. 2000, p. I-8237, pt. 99, et du 9 juin 2005, *Espagne/Commission*, C-287/02, Rec. 2005, p. I-5093, pt. 37. Il y est bien dit que le respect des droits de la défense, dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief à celle-ci, constitue un principe fondamental

être qualifié d'un droit à la contre-expertise en tant qu'élément du droit fondamental de toute partie à un procès équitable¹⁰⁵. Cela est manifeste à la lecture de l'arrêt du 10 avril 2003, *J. Steffensens*¹⁰⁶ qui est d'autant plus remarquable qu'il concerne le déroulement d'une procédure nationale, en l'espèce une procédure relative au contrôle de la commercialisation des produits alimentaires menée en vertu d'une directive communautaire. Il s'avère que, contrairement à la directive 89/387 relative au contrôle des denrées alimentaires qui autorise le fabricant soumis à un contrôle à bénéficier d'une contre-expertise¹⁰⁷, la législation allemande ne prévoyait pas un tel droit ce que contestait un détaillant qui ne s'était pas vu accorder le droit de produire des contre-expertises à l'encontre de preuves d'une infraction. Interrogée par le biais d'une question préjudicielle, la Cour va conférer à cette disposition un effet direct. La Cour souligne que dans le cadre de cette appréciation, la juridiction de renvoi devra vérifier, plus particulièrement, « *si le moyen de preuve en cause au principal ressortit d'un domaine technique échappant à la connaissance des juges et susceptible d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits et dans le cas où il en serait ainsi, si (M. Steffensens) jouit encore d'une possibilité véritable de commenter efficacement ce moyen de preuve* »¹⁰⁸. Et d'ajouter que dans le cas où il n'en aurait pas la possibilité, il incombe à la juridiction nationale d'exclure les résultats de l'analyse afin d'éviter une violation du respect du contradictoire¹⁰⁹. La Cour interdit donc l'exploitation des résultats des expertises par les juridictions nationales lorsqu'un droit à la contre-expertise n'est pas garanti prouvant au passage que les règles nationales en matière d'administration de la preuve entrent bien dans le champ du droit de l'Union et de ce fait sont soumises aux exigences découlant des droits fondamentaux.

La jurisprudence sur le débat contradictoire autour de l'expertise n'est cependant pas uniforme. Interrogée sur l'application du principe du contradictoire dans le cadre des mesures de dérogations ouvertes aux Etats membres à l'égard des mesures d'harmonisation, la Cour a conclu, dans une première affaire en 2003, à l'absence de nécessité de prévoir un débat contradictoire¹¹⁰. Le raisonnement de la Cour est le suivant : l'initiative de la procédure appartenant aux États, ils ont l'occasion de faire valoir leur point de vue lors de la notification de la décision nationale litigieuse, dès lors le principe du contradictoire est respecté. Dans une affaire relative à un projet de loi autrichien visant en effet à prohiber la culture de semences et de plants composés

de droit communautaire et doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique. Voir aussi CJCE, 15 juin 2006, *Dokter e. a.*, C-28/05, *Rec.* 2006, p. I-5431, pt. 74 et TPICE, 9 septembre 2008, *Bayer CropScience e. a. c/ Commission*, T-75/06, *Rec.* 2008, p. II-02081, pt. 130.

¹⁰⁵ Voir les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui ont indéniablement influencé la CJCE en la matière, notamment l'arrêt *Mantovelli c/ France*, 18 mars 1997 ou encore *G.B. c/ France*, 2 octobre 2001. Le premier arrêt soumet au principe du contradictoire le rapport de l'expert. La Cour rappelle bien que l'avis de l'expert, lorsqu'il porte sur des questions que le juge ne maîtrise pas, transite directement dans le jugement ; l'expertise s'intègre dans le jugement directement et doit donc être soumise au respect du principe du contradictoire. Peu importe qu'en droit français, le tribunal ne soit pas juridiquement lié par les conclusions de l'expert si l'on admet qu'en pratique elles sont susceptibles d'influencer « de manière prépondérante » l'appréciation du juge. Dans le second arrêt, un expert psychiatre avait, au vu de nouveaux documents transmis lors d'une suspension de séance, subitement et radicalement changé d'avis : la volte-face de l'expert associé au refus d'une contre-expertise ajouté à l'influence de la décision de l'expert sur le jugement est qualifié par la CEDH de violation de l'article 6§1 sur le droit à un procès équitable

¹⁰⁶ CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensens*, aff. C-276/01, *Rec.* 2003, p. I-3735. Mariatte (F.), Note sous l'arrêt, *Europe*, juin 2003, pp. 14-15.

¹⁰⁷ Article 7, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 89/397/CEE du Conseil, du 14 juin 1989, relative au contrôle officiel des denrées alimentaires, JO L 186, p. 23.

¹⁰⁸ CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensens*, aff. C-276/01, *Rec.* 2003, p. I-3735, pt. 78.

¹⁰⁹ CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensens*, aff. C-276/01, *Rec.* 2003, p. I-3735, pt. 79.

¹¹⁰ CJCE, 20 mars 2003, aff. C-3/00, *Danemark c/ Commission*, *Rec.* 2003, p. I-2643 ; *Europe* 2003, comm. 156, obs. Simon (D.). Ici était en cause l'article 95 § 4 TCE.

d'OGM¹¹¹, l'arrêt du TPICE du 5 octobre 2005, *Commission c/ Autriche*¹¹², confirmé par la Cour, reprend le même raisonnement¹¹³. Sur la base de l'avis requis auprès de l'Autorité européenne de sécurité des aliments, la Commission avait refusé la demande de dérogation des autorités autrichiennes, faute pour celles-ci d'avoir apporté des preuves scientifiques nouvelles susceptibles de justifier l'interdiction des OGM sur le territoire du Land. Or, parmi d'autres moyens les requérants contestaient l'absence de débat contradictoire à la suite de l'avis de l'Autorité. Le juge rejette un tel argument, rappelant, là encore, que la demande émane des États qui peuvent à cette occasion justifier de la nécessité de leur législation et fournir toute preuve scientifique nouvelle. Toutefois, la justification de ce refus n'est pas d'une parfaite clarté et la gêne du Tribunal et de la Cour est d'ailleurs perceptible dans leurs arguments comme accumulés¹¹⁴ ou encore certaines formules parfois d'une grande maladresse. C'est le cas en particulier lorsque le Tribunal énonce que « les requérants n'ont pas invoqué d'éléments visant à réfuter les conclusions de l'EFSA ». « On voit mal en effet comment les requérants auraient pu contester des conclusions qui ne leur avaient pas été transmises »¹¹⁵ !

B- L'insertion du juge de l'Union sur le terrain de l'expertise

Si l'on regarde encore plus finement, on peut, dans un deuxième temps, se demander si le juge ne s'insère pas plus directement encore sur le terrain de l'expertise. Profitant « *de la malléabilité des notions qui se trouvent à la base du contrôle juridictionnel (contrôle normal ou restreint, appréciation complexe, erreur manifeste d'appréciation, proportionnalité...)* »¹¹⁶, le juge n'hésite pas en effet à approfondir son contrôle notamment de la proportionnalité entre la mesure et l'objectif poursuivi et à s'aventurer, parfois, sur le terrain scientifique, délimitant la substance de telles ou telles notions scientifiques (1), tranchant en faveur de l'une ou l'autre thèse scientifique (2) ou encore s'affranchissant de lui-même des expertises scientifiques (3).

1- Le travail d'interprétation de notions scientifiques

D'abord, plusieurs arrêts démontrent que le juge interprète des notions qui, *a priori*, pouvaient être considérées comme relevant exclusivement d'un travail scientifique et ce, sans l'assistance de rapports ou études scientifiques¹¹⁷. On pense ainsi à l'arrêt du 9 septembre 2003,

¹¹¹ Souhaitant interdire le génie génétique, un projet de loi avait été notifié à la Commission afin d'obtenir satisfaction sur la base de l'article 95, § 5 TCE qui permet à un Etat membre, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation, d'introduire des dispositions nationales dérogatoires dès lors qu'elles sont basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement et justifiées par un problème spécifique de cet Etat membre né après l'adoption de la mesure d'harmonisation.

¹¹² Aff. jtes T-366/03 et T-235/04. Note Bouveresse (A.), *Europe* n° 12, Décembre 2005, comm. 409.

¹¹³ CJCE, 13 septembre 2007, aff. jointes C-439/05 P et C-454/05 P, *Rec.* 2007, p. I-7141.

¹¹⁴ De notre point de vue, il n'est pas anodin de voir le Tribunal comme la Cour s'efforcer de rechercher d'autres arguments à cette exclusion et évoquer l'impératif – difficilement contestable – de rapidité de la procédure relié à l'intérêt de l'Etat membre notifiant et au bon fonctionnement du marché intérieur qui serait difficilement conciliable avec des échanges prolongés d'informations et d'arguments.

¹¹⁵ Bouveresse (A.), Mesures nationales dérogatoires, *Europe* n° 12, Décembre 2005, comm. 409.

¹¹⁶ Coutron (L.), *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, op. cit., p. 549.

¹¹⁷ Voir par exemple : CJCE, 23 septembre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-280/02, *Rec.* 2004, p. I-8573. Dans cet arrêt la Cour devait se prononcer sur la notion d'eutrophisation (enrichissement en nutriments qui entraîne une perturbation indésirable de l'équilibre des organismes présents dans l'eau et une dégradation de la qualité de l'eau) utilisée par la directive 91/271/CEE du Conseil, du 21 mai 1991, relative au traitement des eaux urbaines résiduaires (JO L 135, p. 40), la Commission et la France ne s'accordant pas sur une telle définition. La Cour va se référer à un rapport de l'Institut français de recherche pour l'exploitation de la mer (ci-après l'IFREMER) et à un rapport de l'Environmental Resources Management produits par la Commission pour considérer que toute prolifération d'une espèce particulière d'algues ou d'autres végétaux constitue, en tant que telle, une perturbation de l'équilibre de

*Monsanto Agricoltura Italia e.a. c/ Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*¹¹⁸ qui concerne l'interprétation de la notion de produit alimentaire « substantiellement équivalent » présente dans le règlement du règlement n° 258/97 du 27 janvier 1997 relatif aux nouveaux aliments et aux nouveaux ingrédients alimentaires¹¹⁹ et la question de savoir si un aliment contenant des résidus d'OGM peut être considéré comme « substantiellement équivalent » à un autre. Récusant l'interprétation de la requérante selon laquelle il ne revenait pas à la Cour de se prononcer sur la portée d'un concept scientifique dont l'appréciation devait être déléguée entièrement à la communauté scientifique, la Cour va, en l'espèce, s'emparer de la notion qu'elle interprète totalement. Sans se prononcer sur le débat relatif à la nature d'un tel concept (scientifique ou non ?), la Cour rappelle plus simplement qu'il s'agit d'une notion prévue dans un règlement qui doit du même coup donner lieu à une interprétation autonome et uniforme de sa part. Elle se prononce en conséquence sur sa définition et précise que « la simple présence dans de nouveaux aliments de résidus de protéines transgéniques à certains niveaux n'empêche pas que ces aliments soient considérés comme substantiellement équivalents à des aliments existants et, partant, le recours à la procédure simplifiée pour la mise sur le marché desdits nouveaux aliments. Il en est toutefois autrement si les connaissances scientifiques disponibles lors de l'examen initial permettent d'identifier l'existence d'un risque d'effets potentiellement dangereux pour la santé humaine »¹²⁰. A l'appui de cette thèse, l'on peut également citer un autre arrêt, plus récent et rendu en grande chambre, de la Cour du 7 juillet 2009, *The Queen*¹²¹. Répondant à une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige opposant plusieurs entreprises productrices ou importatrices de polymères au Secrétariat d'Etat anglais pour l'environnement, l'alimentation et les affaires rurales, la Cour devait plus précisément délimiter la notion de « substances » monomères figurant à l'article 6-3 du règlement REACH¹²². Au terme d'un développement pour le moins technique, reliant entre elles les définitions, elle en conclut que la notion de « substances monomères », figurant dans le règlement, renvoie, contrairement aux allégations des requérantes au principal¹²³, aux monomères sous forme réagie, intégrés aux polymères. La transformation du juge en expert scientifique est indéniable puisque la compréhension même de la solution du juge implique le recours à une expertise !

2- L'arbitrage entre interprétations scientifiques

Deuxième constat, sous couvert d'un contrôle restreint et respectueux de la marge d'appréciation des institutions, le juge se livre parfois à un contrôle plutôt poussé du choix des

l'écosystème aquatique et, partant, de celui des organismes présents dans l'eau, quand bien même les autres espèces resteraient stables.

¹¹⁸ CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA et autres contre Presidenza del Consiglio dei Ministri et autres*, aff. C-236/01, *Rec.* 2003, p. I-8105.

¹¹⁹ JOCE L 43, p. 1.

¹²⁰ CJCE, 9 septembre 2003, *Monsanto Agricoltura Italia SpA et autres contre Presidenza del Consiglio dei Ministri et autres*, aff. C-236/01, *Rec.* 2003, p. I-8105, pt 84.

¹²¹ CJCE, 7 juillet 2009, *The Queen*, à la demande de *S.P.C.M. SA, C.H. Erbslöh KG, Lake Chemicals and Minerals Ltd et Hercules Inc. c/ Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-558/07, non encore publié au *Rec.*

¹²² Les polymères sont des substances de masse molaire élevée dont la structure résulte essentiellement de la répétition d'unités de faible masse molaire (monomères). Étant donné que les polymères sont susceptibles d'être enregistrés en grand nombre et que les monomères qu'ils contiennent doivent être en tous les cas enregistrés, ils présentent un risque limité et sont donc exemptés d'enregistrement et d'évaluation. Néanmoins, si la substance monomère n'a pas été enregistrée et lorsque le polymère contient au minimum 2% d'une substance monomère et que la quantité totale de cette substance atteint 1 tonne ou plus par an, une demande d'enregistrement de cette substance doit être obligatoirement déposée par le fabricant ou l'importateur d'un polymère.

¹²³ Selon les requérantes au principal, les monomères, lorsqu'ils se présentent sous forme réagie, cessent de présenter leurs propres caractéristiques chimiques et ne sont pas intrinsèquement des composés autonomes et ne pourraient être qualifiés de "substances" telles que visées dans la disposition.

institutions. Dans le domaine de la concurrence, les cas de « débordements » du contrôle juridictionnel sont nombreux¹²⁴, la Cour ayant déjà eu l'occasion de rappeler, avec force d'ailleurs, que la marge d'appréciation en matière économique reconnu à la Commission « *n'implique pas que le juge communautaire doive s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique* »¹²⁵ y compris si ce contrôle aboutit à remettre en cause l'analyse de la Commission¹²⁶. Or, un tel contrôle approfondi mène fréquemment le juge à apprécier la valeur d'une expertise ou le caractère suffisamment étayé d'une mesure contre un risque et à arbitrer entre plusieurs interprétations scientifiques. Il invite d'ailleurs à se demander si, ce faisant, le « *juge ne s'arroge un rôle de législateur de remplacement* »¹²⁷

Dans les contentieux environnementaux et sanitaires, on peut observer des arbitrages comparables. Dans le domaine sanitaire, l'affaire de la vache folle est particulièrement emblématique. Saisie par le Royaume-Uni d'une demande d'annulation de la décision de la Commission d'embargo sur les viandes britanniques, la Cour, sous couvert d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation¹²⁸, a en effet effectué un contrôle complet de la proportionnalité de la mesure, en appréciant son urgence, l'existence d'un risque potentiel, l'efficacité des mesures britanniques et les divers avis scientifiques pour conclure que la « *Commission n'a pas réagi de façon manifestement inappropriée en adoptant, à titre transitoire et en attendant de plus amples informations scientifiques, une interdiction globale d'exportation des bovins, de la viande bovine et des produits dérivés* »¹²⁹. Parmi bien d'autres affaires¹³⁰, on citera aussi l'arrêt *Pfizer*¹³¹ dans lequel le juge confronte bel et bien deux interprétations scientifiques, celle des requérantes tendant à montrer que les antibiotiques utilisés en élevage ne présentent aucun risque et celle du Conseil qui *a contrario* souhaitait éviter de prendre un quelconque risque de réduire l'efficacité de médicaments humains. L'arbitrage apparaît nettement, le juge comparant extrêmement précisément leur contenu et

¹²⁴ Or, sur ce terrain, la Cour décide elle-même si les conditions d'application de l'article 85 (interdiction d'ententes) ou 86 (abus de position dominante) sont remplies et procède pour ce faire nécessairement à la qualification des faits. « *On reconnaît ici la confluence d'expertises extérieures et de la formation d'un jugement propre* » : Schwarze (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, p. 386.

¹²⁵ CJCE, 15 février 2005, *Commission c/ Tetra Laval BV*, aff. C-12/03 P, *Rec.* 2005, p. I-987, pt. 39.

¹²⁶ Voir l'arrêt du TPI du 22 octobre 2002 relatif à la fusion entre Schneider et Legrand, affaire T-310/01 : dans cet arrêt, le TPICE a annulé le refus de la Commission européenne d'autoriser cette fusion. Cet arrêt a eu un retentissement considérable en manifestant l'étendue du contrôle juridictionnel exercé. Il a aussi constitué un avertissement pour la Commission : celle-ci a mesuré que son activité régulatrice ne lui conférait pas un pouvoir discrétionnaire d'appréciation et que cette activité s'exercerait désormais sous le contrôle vigilant du juge communautaire.

¹²⁷ Schwarze (J.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2009, p. 910.

¹²⁸ CJCE, 5 mai 1998, *RU c/ Commission*, aff. C-180/96, *Rec.* 1998, p. I-2265, pt. 97.

¹²⁹ CJCE, 5 mai 1998, *RU c/ Commission*, aff. C-180/96, *Rec.* 1998, p. I-2265, pt. 110.

¹³⁰ Voir par exemple, TPICE, 3 septembre 2009, *Cheminova A/S*, Aff T-326/07 ou encore TPICE 19 novembre 2009, *Denka International BV*, aff. T-334/07 (non publié au *Rec.*) : inscription de produits phytopharmaceutiques dans l'annexe de la directive 91/414/CEE concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques (régime d'autorisation de mise sur le marché). Même si le Tribunal conclut que la Commission n'a pas commis ici d'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle paraît plus complet que celui d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Sont en effet analysés de manière systématique et rigoureuse toutes les hypothèses scientifiques envisagées et tous les résultats obtenus. L'examen à chaque fois très approfondi du Tribunal le conduit à conclure que la Commission ne s'est pas fondée, pour adopter sa décision finale, sur des bases scientifiques erronées (pt. 86 et s. pour le premier arrêt, pt. 84 et s. pour le second).

¹³¹ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, *Rec.* 2002, p. II-3305, pts 209 et 239. Les deux requérants fabriquaient des antibiotiques mêlés à l'alimentation des animaux en vue d'accélérer leur croissance. Or l'utilisation de ces antibiotiques avait été interdite par un règlement du Conseil (Règlement n° 2821/98/CE du 17 décembre 1998). Ce règlement reposait sur de nombreuses études qui évoquaient l'existence d'un risque de passage à l'homme de la résistance aux antibiotiques. Toutefois, ce risque était suspecté et non certain ce qui déclencha le recours des requérantes qui demandaient l'annulation du règlement.

concluant que l'une d'entre elles permet bien de conclure à l'existence d'un risque¹³². La jurisprudence environnementale de la Cour offre également des illustrations. Par exemple, pour condamner la France en manquement pour ne pas avoir identifié complètement les zones sensibles pour lesquels un rejet d'eaux urbaines résiduelles est particulièrement risqué¹³³, la Cour estime que le lien de causalité entre les apports en nutriments en baie de Seine et le développement accéléré de phytoplancton présente un degré de probabilité suffisant qui pouvait fonder l'adoption de mesures de protection¹³⁴. Ce faisant, elle arbitre nécessairement entre deux types d'interprétations scientifiques, celle du gouvernement français et celle de la Commission, sans d'ailleurs en développer plus avant les raisons de la solution retenue¹³⁵. Pour trancher, le juge va parfois jusqu'à opérer lui-même des comparaisons scientifiques. Par exemple, pour conclure que l'Irlande n'avait pas pris les mesures nécessaires afin de sauvegarder une diversité et une superficie suffisantes d'habitats pour le lagopède des saules, au sens de l'article 3 de la directive oiseaux, la Cour se fonde non seulement sur des études scientifiques fournies par les parties (ici la Commission)¹³⁶ mais indique qu'elle a effectué « *une comparaison des deux ouvrages scientifiques* » qui selon elle, « *met en évidence une réduction importante des zones occupées par le lagopède des saules, ainsi que des zones où il se reproduit* », alors même que les auteurs, la Cour le rappelle elle-même, avaient souligné « *la nécessité de procéder avec prudence à la comparaison des données* »¹³⁷.

L'arbitrage transparaît également lorsque le juge confère à certains documents une autorité spécifique. Ainsi, dans l'abondant contentieux relatif à la protection des oiseaux, la Cour de justice a conféré un poids déterminant à l'inventaire des IBA (Important Bird Areas, 1^{ère} éd 1989) pour sanctionner le manquement par l'État membre défendeur de son obligation de classer en zones de protection spéciale (ZPS) les territoires les plus appropriés à la conservation des espèces protégées¹³⁸. « *Ayant été préparé à l'intention de la direction générale compétente de la Commission par le Groupe européen pour la conservation des oiseaux et des habitats, en liaison avec le Conseil international de la préservation des oiseaux en coopération avec des experts de la Commission* », l'IBA, « *bien que non juridiquement contraignant pour les États membres concernés, peut [...], en raison de sa valeur scientifique [...] être utilisé par la Cour comme base de référence* »¹³⁹ pour apprécier l'existence ou non d'un manquement. D'une façon

¹³² TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer/Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305.

¹³³ L'annexe II de la directive 91/271, intitulée « Critères d'identification des zones sensibles et moins sensibles », prévoit à son point A, intitulé « Zones sensibles » : « *Une masse d'eau doit être identifiée comme zone sensible si elle appartient à l'un des groupes ci-après* :

a) *Lacs naturels d'eau douce, autres masses d'eau douce, estuaires et eaux côtières, dont il est établi qu'ils sont entrophes ou pourraient devenir entrophes à brève échéance si des mesures de protection ne sont pas prises* ».

¹³⁴ CJCE, 23 septembre 2004, *Commission c/ France*, aff. C-280/02, Rec. 2004, p. I-8573.

¹³⁵ La Cour va en effet essentiellement se fonder sur une étude produite par la Commission, une thèse de doctorat de l'Université de Caen soutenue en 1999 par M. Philippe Cugier, intitulée « Modélisation du devenir à moyen terme dans l'eau et le sédiment des éléments majeurs (N, P, Si) rejetés par la Seine en baie de Seine ». Elle se contente, la thèse citée, de souligner qu'« *en l'état des données scientifiques et techniques disponibles, l'existence d'un lien de causalité entre les apports de nutriments en baie de Seine et le développement accéléré de phytoplancton dans cette zone présente un degré de probabilité suffisant pour exiger l'adoption des mesures de protection de l'environnement* » (pts 33 et 34).

¹³⁶ La Commission se fonde sur un rapport de 1993 établi par l'Irish Wildbird Conservancy, organisation non gouvernementale spécialisée dans la protection des oiseaux en Irlande qui identifie le pâturage intensif pratiqué par les éleveurs de moutons comme une des raisons majeures de la menace de l'habitat du lagopède des saules et de la régression de son aire de reproduction.

¹³⁷ CJCE, 13 juin 2002, *Commission c/ Irlande*, aff. C- 117/00, Rec. 2002, p. I-5335, pt. 17.

¹³⁸ Telle que prévue par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages (JO L 103, p. 1).

¹³⁹ CJCE, 19 mai 1998, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-3/96, Rec. 1998, p. 3031, pts 68-69-70. En l'espèce, la Cour a estimé qu'« *en classant en zones de protection spéciale des territoires dont le nombre et la superficie totale sont manifestement au-dessous du nombre et de la superficie totale des territoires ayant vocation à être classés en zones de protection spéciale au sens de l'article 4,*

identique, la Cour fait d'un critère, le critère permettant de déterminer ce qui doit être considéré un prélèvement de « petite quantité »¹⁴⁰, élaboré par un comité d'experts indépendants, le comité ORNIS, la base de référence pour apprécier le manquement d'un Etat à la directive sur la conservation des oiseaux sauvages « en raison de l'autorité scientifique dont jouissent les avis de ce comité et de l'absence de production de tout élément de preuve scientifique contraire »¹⁴¹. Cela va d'ailleurs loin puisque la Cour s'est également aventurée à donner aux juridictions nationales des indications en la matière. Ainsi, à propos des avis de l'Agence européenne de sécurité des aliments, elle a déjà eu l'occasion de souligner que « si ladite Autorité rendait un avis correspondant à l'objet d'un litige pendant devant une juridiction nationale, cette dernière devrait accorder à un tel avis la même valeur que celle qui est reconnue à un rapport d'expertise. Il serait donc susceptible de constituer un élément de preuve que cette juridiction devrait prendre en considération comme tel »¹⁴².

3- L'affranchissement au regard des études scientifiques

Enfin, le juge s'insère parfois sur le terrain de l'expertise en décidant, *a contrario*, de s'affranchir des considérations scientifiques. L'arrêt du 19 janvier 1994 *Association pour la protection des animaux sauvages et préfet de Maine et Loire c/ Préfet de la Loire Atlantique*¹⁴³ est souvent cité à l'appui de cette idée¹⁴⁴. Dans cet arrêt, la Cour devait apprécier la validité de la réglementation française fixant la date de clôture de la chasse aux oiseaux migrateurs et au gibier d'eau au regard de la directive 79/409/CEE interdisant la chasse pendant la période de reproduction d'espèces migratrices et pendant leur trajet de retour vers le lieu de nidification¹⁴⁵. La question qui se posait était celle de la compatibilité de l'échelonnement des dates de clôture avec l'interdiction fixée par la directive de perturber la faune sauvage pour autant que la perturbation ait un effet significatif eu égard aux objectifs de la directive¹⁴⁶. Or, la seule étude produite devant la Cour se limitait à indiquer que l'échelonnement provoquait des perturbations sur les espèces chassées et également sur celles non chassées. Toutefois, aucune pièce ne contenait d'indication sur la question de savoir si ces perturbations étaient « significatives ». Cependant, la Cour va tout de même

paragraphe 1, de la directive 79/409/CEE du Conseil, du 2 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, le royaume des Pays-Bas a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive » : pt 73.

¹⁴⁰ Il importe de rappeler que la chasse ne saurait être autorisée, en vertu de l'article 9, paragraphe 1, sous c), de la directive, que si elle ne porte que sur certains oiseaux en petites quantités. Le critère prévoit qu'un prélèvement inférieur à 1 % de la mortalité annuelle totale de la population concernée (valeur moyenne) pour les espèces ne pouvant pas être chassées et un prélèvement de l'ordre de 1 % pour les espèces pouvant être l'objet d'actes de chasse peut être considéré comme un prélèvement de petite quantité.

¹⁴¹ CJCE, 15 décembre 2005, *Commission contre République de Finlande*, aff. C-344/03, Rec. 2005, p. I-11033, pt. 54. Voir également plus récemment CJUE, 11 novembre 2010, *Commission contre République Italienne*, aff. C-164/09, non encore publié au Rec., point 36

¹⁴² CJCE, 9 juin 2005, *HLH Warenvertriebs GmbH, Orthica BV*, aff. jtes C-211/03, C-229/03 et C-316/03, *op. cit.*, pts 92-94.

¹⁴³ CJCE, 19 janvier 1994, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres contre Préfet de Maine-et-Loire et Préfet de Loire-Atlantique*, Affaire C-435/92, Rec. p. I-00067.

¹⁴⁴ Bouckaert (J.), La Cour de justice et la protection de l'environnement *in les Juges et la protection de l'environnement*, Bruylant, 1998, p. 77 et s.

¹⁴⁵ La cour de justice a maintes fois interprété la directive n° 79/409 (précitée), qui impose que la pratique de la chasse respecte les « principes d'une utilisation raisonnée et d'une régulation équilibrée du point de vue écologique des espèces d'oiseaux concernées », et en particulier que la chasse soit exclue pendant la période nidicole et les différents stades de reproduction et de dépendance, y compris le trajet de retour vers le lieu de nidification pour les espèces migratrices (Directive du Parlement européen et du Conseil n° 79/409 du 2 avril 1979, JOCE n° L103 du 25 avril 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, art. 7 § 4).

¹⁴⁶ Article 5 de la directive.

dénoncer les effets perturbateurs de la chasse¹⁴⁷, sans aucune référence à des études scientifiques et considérer que l'échelonnement est en principe incompatible avec les exigences de la directive, « *sauf si l'État membre concerné peut rapporter la preuve, fondée sur des données scientifiques et techniques appropriées à chaque cas particulier, qu'un échelonnement des dates de clôture de la chasse n'empêche pas la protection complète des espèces d'oiseaux susceptibles d'être affectées par cet échelonnement* ». Dans une autre affaire relative à la baie de Seine, déjà citée, pour répondre à une question qui se posait et qui était d'une technicité marquée (l'inclusion au côté de l'azote – qui provient des nitrates – du phosphore en tant que sources possibles de l'eutrophisation¹⁴⁸), la Cour répond que « *sans qu'il soit besoin d'avoir égard aux nombreux rapports scientifiques et études cités dans le cadre du présent recours, il convient de constater qu'une limitation du champ d'application de la directive excluant de celui-ci certaines catégories d'eaux en raison du rôle prétendument primordial du phosphore dans la pollution desdites eaux est incompatible tant avec l'économie qu'avec l'objectif de la directive* »¹⁴⁹.

L'attitude parfois qualifiée de téméraire de la Cour peut dans certains cas s'expliquer par la volonté de celle-ci de ménager l'effet utile des directives y compris en écartant le débat scientifique et technique. Toutefois, cela n'est pas toujours le cas, notamment lorsqu'aucune application d'une directive est en cause et que l'affranchissement est pourtant très net. Dans le litige opposant la Commission à la France à propos de la gestion des risques liés à la transmission à l'homme des encéphalopathies spongiformes transmissibles présentes dans les troupeaux ovins et caprins¹⁵⁰, le juge des référés se contente de relever qu'il subsiste des incertitudes qui ne permettent pas d'exclure que la consommation de viandes et de produits issus d'animaux infectés par des EST présente un danger pour la santé humaine pour admettre la condition d'urgence. Sans même rechercher des indices précis laissant à penser qu'un risque puisse se réaliser concrètement, la Cour se contente d'observer qu'il n'existe pas de certitude de non transmissibilité pour en déduire que l'allégation de la France n'est pas dépourvue de tout fondement¹⁵¹ et que dans ces conditions, une suspension d'une partie du règlement de la Commission assouplissant les mesures applicables aux troupeaux ovins et caprins doit être accordée. Dans un arrêt du 8 juillet 2010 relatif à la validité d'une directive fixant des limites à l'utilisation d'additifs métalliques dans les carburants, le Cour a suivi un raisonnement très proche puisque, en l'absence même d'études scientifiques relatives aux risques suscités par ces additifs¹⁵², elle valide la mesure restrictive eu égard à l'existence de doutes sérieux quant au caractère inoffensif de tels additifs¹⁵³. Certes, il ressort de la démonstration de la Cour que le caractère provisoire de la mesure (qui devra être réévaluée en fonction des conclusions ultérieures des méthodes d'essai) est déterminant pour conclure à la validité de la mesure. Dans le cas d'une mesure définitive, la solution aurait été peut-être différente... Mais cela n'est pas dit clairement.

¹⁴⁷ La Cour évoque notamment les risques de confusion avec des espèces voisines – protégées toute l'année ou espèces gibiers non chassées à ce moment-là.

¹⁴⁸ D'après la directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles (JO L 375, p. 1).

¹⁴⁹ CJCE, 27 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-258/00, Rec. 2002, p. I-5959, pt. 45.

¹⁵⁰ TPICE, ordonnance, 28 septembre 2007, *République Française c/ Commission*, aff. T-257/07 R, Rec. 2007, p. II-4153. Pour une confirmation de la position du juge : TPICE, ord., 30 oct. 2008, aff. T-257/07 R II, *France c/ Commission*.

¹⁵¹ *Ibidem*, pt. 86.

¹⁵² Pour preuve, Afton avait adressé au Conseil, au Parlement et à la Commission, sur le fondement du règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43), une demande tendant à ce que lui soient communiqués les documents scientifiques et les preuves qui ont été pris en considération lors de la décision fixant la teneur limite en additifs métalliques dans les carburants et qu'aucun document communiqué ne concernait des informations scientifiques relatives aux risques liés à l'utilisation de ces additifs !

¹⁵³ CJUE, 8 juillet 2010, *Afton Chemical Ltd c/ Secretary State for Transport*, aff. C-343/09, non encore publié. *Europe*, n° 10, octobre 2010, comm. 304.

En bref, le juge admet, dans certaines hypothèses, que des mesures ne soient pas étayés par des données scientifiques sans préciser clairement les raisons de ces variations que lui seul semble en quelque sorte détenir...

Pour conclure, une interrogation et non des moindres doit être évoquée : une telle pratique est-elle problématique ? Dit autrement, en l'absence d'expertise ordonnée, éclairée uniquement par des expertises des parties nécessairement très partisans, ne risque-t-on pas d'assister à des « *figures libres du patinage juridictionnel* »¹⁵⁴ ? La réponse est loin d'être univoque. Que le juge fasse appel régulièrement à son intime conviction n'est pas nouveau. En effet, tout comme il est impossible de soutenir que l'expert se cantonne en fait, il est impossible de penser que le juge ne tranche qu'en droit. L'on peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure l'approfondissement du contrôle par le juge n'est pas indispensable dans les contextes de précaution et donc d'incertitude scientifique¹⁵⁵ puisqu'« *à la complexité des faits doit répondre une complexification du contrôle juridictionnel* »¹⁵⁶. Dans le même temps, pour certains contentieux, seul le recours à des experts indépendants des parties peut permettre (et a déjà permis¹⁵⁷) au juge de détecter des erreurs manifestes d'appréciation dans des champs techniques. L'on peut également se demander si l'obligation de motivation des décisions de justice¹⁵⁸ – celle-ci n'ayant pas/plus pour unique fonction de mettre fin aux différends mais aussi de persuader – n'implique pas un recours plus grand à l'expertise pour préciser les raisons qui conduisent les juges à retenir un grief développé par les plaideurs ou à l'exclure. Or, si dans certains cas le juge développe de manière très circonstanciée les motifs de fait et de droit qui fondent leur dispositif¹⁵⁹, ce n'est pas toujours le cas¹⁶⁰. Nul doute que les nouvelles réflexions sur la qualité de la justice qui s'étendent naturellement à la justice de l'Union¹⁶¹ devront nécessairement s'intéresser à l'expert et à l'expertise, en gardant toujours à l'esprit que « *si le juge est comptable de la qualité de ses décisions, (...) il est (également) producteur de biens symboliques, non réductible à la logique commerciale de la performance* »¹⁶².

¹⁵⁴ Simon (D.), Le contrôle de proportionnalité exercé par la CJCE, *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 18.

¹⁵⁵ Rouyère (A.), L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'Etat, *RFDA*, 2000, p. 278.

¹⁵⁶ Ritleng (D.), *Le contrôle de la légalité des actes communautaires par la Cour de Justice et le Tribunal de première instance des Communautés européennes*, Thèse pour le doctorat, Strasbourg, 1998, p. 351.

¹⁵⁷ CJCE, 12 juillet 1990, *Société CdF Chimie azote et fertilisants SA* et a., aff. C-169/84. *Rec.* 1990, page I-3083, § 51.

¹⁵⁸ CJCE, 31 mai 2001, *D. et Royaume de Suède c/ Conseil*, aff. C-122/99 P et C-125/99 P. La Cour astreint le Tribunal au respect de l'obligation de motivation de ses arrêts, condition évidente de transparence de la justice. Elle se montre attentive à sanctionner les décisions rendues à défaut de motivation, ou en vertu d'une motivation insuffisamment étayée ou contradictoire de nature à menacer gravement les droits des requérants. La haute juridiction estime que c'est par la prise en considération des motifs de l'arrêt attaqué qu'elle pourra en apprécier avec justesse le bien-fondé. Dans cette perspective, le Tribunal doit préciser sans équivoque les raisons qui le conduisent à ne pas retenir un grief ou à ne pas répondre à un argument développé devant lui par les plaideurs.

¹⁵⁹ On peut citer le jugement du TPI du 16 juillet 1998 *Bergaderm SA c/ Commission* où était en cause un produit bronzant suspecté d'effets cancérogènes dans lequel le Tribunal analyse avec luxe de détail les nombreuses expertises à charge et à décharge du produit litigieux en ne manquant pas d'indiquer les qualités et patronymes ou raisons sociales des experts ayant rendu des rapports. Pour une vue plus générale sur le style des arrêts de la Cour : voir Coutron (L.), *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, *RTDE*, 2009, p. 643.

¹⁶⁰ Voir supra les exemples II) B) 3-.

¹⁶¹ Voir la célébration des 20 ans du Tribunal de Première instance de l'Union européenne, *de 20 ans à l'horizon 2020*, documents disponibles en ligne. Voir aussi *La qualité des décisions de justice*, Actes du Colloque des 8-9 mars 2007 organisé par la Faculté de droit de Poitiers, disponible sur le site internet du Conseil de l'Europe.

¹⁶² Ost (F.), *Dire le droit, Faire justice*, *op. cit.*, p. XII.